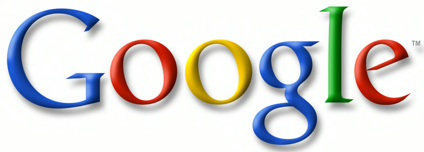


Jan. 20

102

FRANCIS HAGERUP

DEN NORSKE CIVILPROCES

FØRSTE DEL

FORELÆSNINGER

OVER

DEN NORSKE CIVILPROCES

AF

FRANCIS HAGERUP

FØRSTE DEL

ANDEN TILDELS OMARBEIDEDE UDGAVE



KRISTIANIA
FORLAGT AF H. ASCHEHOUG & CO. (W. NYGAARD)
1903



AKTIE-BOGTRYKKERIET
(DET MALLINGSKE BOGTRYKKERI)

FORORD TIL FØRSTE UDGAVE

De talrige anmodninger, jeg har modtaget fra studerende om tilladelse til at lade mine forelæsninger over civilproces kontratrykke, har bestemt mig til at udgive disse i en en noget omarbeidet skikkelse. Jeg har herunder havt for øie foruden hensynet til de studerendes behov tillige hensynet til den forestaaende reform af vor civilproces, for hvilken en fremstilling af den gjældende ret i belysning af almindelige civilprocessuelle grundsætninger maa ansees som et ikke uvigtigt forarbeide.

Nærværende skrift er bestemt til at omfatte den hele civilproces, ogsaa konkurs og skifte, der vil blive behandlet i anden del, hvis udgivelse dog vil blive udsat, indtil det allerede iværksatte arbeide paa en reform af konkurslovgivningen er afsluttet.

Mange vil maaske finde en samlet fremstilling af den norske civilproces lidet paakrævet ved siden af Schweigaards hovedværk over dette emne. Herved maa imidlertid erindres, at denne forfatters skrift ligger ret langt tilbage i tiden (for hele første dels vedkommende hidrører den fra forelæsninger, holdte i trediveaarene); og de ændringer, vor procesret i de seneste aartier er undergaaet ved lovgivning og praxis, har ved de senere, af fremmede hænder besørgede udgaver kun i ufuldkommen udstrækning kunnet indarbeides i fremstillingen. Navnlig er det en for bogens hensigtsmæssighed som lærebog for den nulevende slægt af studenter tungt veiende ulempe, at den er beregnet paa under ét at fremstille civil- og

straffeproces, og at den heraf betingede behandling af stoffet ikke har kunnet undergaa nogen ændring efter udgivelsen af straffeprocesloven af 1887. Ved siden heraf maa det tages i betragtning, at Schweigaards fremstilling ikke fuldt udtømmer stoffet. Ikke blot er enkelte afsnit aldrig blevne behandlede af Schweigaard, ialfald ikke i noget trykt skrift (saaledes hele læren om appel, hvor imidlertid Getz's bog om paaanke byder det fornødne supplement, læren om procesomkostningerne, store dele af læren om konkurs og skifte); men endnu vigtigere er det, at skriftet i det hele kun er bestemt til at fremstille de positivt givne norske procesregler, medens en belysning af disses forhold til almindelige processuelle grundsætninger ligger udenfor den opgave, forfatteren havde sat sig. I en tid, da en procesreform staar paa dagsordenen, er imidlertid netop denne principielle side af stoffet af en særlig betydning ikke blot for dem, der skal arbeide paa reformen, men ogsaa for de juridiske studerende, hvis evne til i sin tid at virke som praktiske jurister under en ny proceslovs herredømme selvfølgelig vil være betinget af, at de har erhvervet et fortroligt kjendskab til det principielle grundlag, hvorpaa reformen hviler, og har lært inden processtoffet at sondre mellem de mere tilfældige og overfladiske bestanddele, der kan være underkastet mere eller mindre omfattende ændringer, og de mere blivende elementer, der vil bevare sin betydning i et hvilketsomhelst processystem. Det er imidlertid mit haab, at Schweigaards fortræffelige værk fremdeles maa blive læst ogsaa af de juridiske studerende. Den grundlæggende udredning, som vigtige praktiske spørgsmaal der har faaet, har muliggjort det for mig paa mange punkter at gjøre fremstillingen kort under henvisning til Schweigaard.

Christiania i februar 1895.

F. Hagerup.

FORORD TIL ANDEN UDGAVE

I nærværende udgave er selvfølgelig først og fremst indarbeidet den senere lovgivning, hvorved ogsaa er medtagne de i stortingssessionen 1902—3 vedtagne love, forsaavidt de er udkomne før trykningens afslutning den 20 marts, paa hvilket tidspunkt de kongelige propositioner om ny aktielov og ny sagførerlov endnu ikke havde fundet sin endelige afgjørelse. Dernæst har jeg taget hensyn til den senere retspraxis, hvorved jeg foruden de i Retstidende meddelte høiesteretsdomme har søgt at udnytte det i Hambros samling af byretsdomme foreliggende materiale. Endvidere har jeg nu, da der foreligger udkast til de vigtigste dele af den forestaaende civilprocesreform, troet i vid udstrækning at burde give oplysning om det standpunkt, som disse udkast har taget til de vigtigere civilprocessuelle spørgsmaal. Endelig har ogsaa den nyere litteratur krævet indgaaende hensyntagen. Af særlig betydning er her Deuntzers i 1901 udkomne fremstilling af den danske civilproces, der vistnok kun er trykt som manuskript, men som i nærværende skrift med forfatterens samtykke er taget i betragtning paa samme maade som den øvrige litteratur, samt Richard Schmidts i 1898 udgivne Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, et værk, der paa mange punkter stiller vigtige principielle spørgsmaal i en ny belysning, og hvis resultater, selv hvor man ikke finder at kunne tiltræde dem, dog overalt gjør krav paa en omhyggelig prøvelse.

Bortseet fra den foranledning til ny gjennemarbeidelse, som de ovennævnte momenter har indeholdt, har jeg overalt søgt at underkaste skriftet en fornyet prøvelse med hensyn saavel til form som indhold og har for store deles vedkommende fundet at burde omarbeide fremstillingen. Væsentlig har herved været tilsigtet at opnaa større klarhed eller en fyldigere begrundelse og belysning af vigtige spørgsmaal. Kun for en mindre del staar ændringerne i forbindelse med en forandret opfatning. Overalt, hvor dette sidste er tilfældet, er der i noter gjort opmærksom paa forholdet mellem den tidligere udgave og nærværende.

Christiania i marts 1903.

F. Hagerup.

TILFØIELSER OG RETTELSER

Pag. 3, note 3 kan m. h. t. konstruktionen «retsbeskyttelseskrav» ogsaa henvises til Jellinek System der subjectiven öffentlichen Rechte p. 119 med note 1.

— 11 14de linje fra oven staar § 326 læs: § 324.

— 22 Ved slutningen af § 3 henvises til det p. 159 om den mil. straffeproceslov 29 marts 1900 § 8 bemærkede, hvoraf sees, at den militære straffeprocesses former kommer til anvendelse paa sager, der anlægges mod militær tjenestemand til fratrædelse af hans stilling, ogsaa hvor dette ikke er at betragte som straf, medens tilsvarende sager mod civile tjenestemænd (jfr. l. om den borgel. str.l.s ikrafttræden o. s. v.) bliver at anlægge i civilprocessens former.

27, note 3 sidste linje staar bd. 26, skal være 27.

— — 7de og 8de linje fra neden i texten staar: «som han ikke selv har gjort gjældende» læs: «som ikke under procedyren er blevne gjort gjældende».

— 86 I overskriften til § 13 tilføies: (International civilprocesret).

— 122 I § 19 11te linje staar 1903 læs: 1902.

— — 13de linje under 8 anført henvises til mil. str.pl. § 6 (p. 159).

— 134 Ved slutningen af § 22 henvises til dept.skr. 8 juli 1901.

— 159 tilføies i 12te linje fra oven foran punktumet: (§ 8).

Pag. 159 i 18de og 19de linje udgaar ordene «Bergen og» (efter oprettelsen af Bergens byret ved l. 19 decbr. 1898 er politi- og haandværksretssager henlagte til denne ret).

— 160 8de linje fra neden staar «retter» læs: «underretter».

— 193 4de linje fra oven staar 1903 læs: 1902.

— 207 I 14de linje fra oven udgaar ordet «ubetinget».

— —, note 6 tilføies Retst. 1899 p. 696 og dept.skr. 17 febr. 1900.

— 214, note 12 henvises til sportellovens § 75, sidste led.

-- 266 Ved § 53 bemærkes, at der i februar 1903 er forelagt stortinget kgl. prop. til en ny lov om sagførere, bygget paa de i udk. til d. o. indeholdte bestemmelser derom (se ot. prp. nr. 15 for 1902—1903). Denne opstiller som betingelse for sagførerbevilling, at vedkommende efter bestaaet embedsexamen i et tidsrum af mindst to aar har været i virksomhed som autoriseret fuldmægtig hos sagfører, som dommer eller edsvoren dommerfuldmægtig, som overøvrighed, retsskriver, tjenestemand ved paatalemyndigheden eller politiassistent, som fuldmægtig hos overøvrighederne, rigsadvokaten eller statsadvokaterne eller som universitetslærer i retsvidenskab (§ 2, nr. 2). — For høiesteretsadvokater, der forøvrigt foreslaaes benævnte høiesteretssagførere foreslaaes prøven afskaffet, men til gjengjæld den praktiske prøvetid forlænget til 5 aar (§ 3). Bostedsbaandet foreslaaes ophævet. — Konkurs skal medføre suspension af bevillingen, indtil forholdet til kreditorerne bliver ordnet ved fuld betaling eller ved akkord; dog kan justitsdepartementet tillade bevillingens benyttelse, naar sagføreren ved sin konkurs ikke har udvist et forhold, som gjør ham uværdig til eller virker nedbrydende paa den for stillingen fornødne tillid (§ 4). — Enhver sagfører er berettiget til af justitsdepartementet at erholde autoriseret en fuldmægtig.

ANVENDTE FORKORTELSER

LOVE OG LOVUDKAST

N. L. Christian V.s Norske Lov.

Proceslovudk. af 1868. Om forandringer i civilproceslovgivningen, udkast til lov om rettergangsmaaden i civile sager etc. (se p. 108).

Sptl. Sportelloven af 6 aug. 1897.

Str.l. Den alm. borgerl. straffelov af 22 mai 1902.

Strpl. Lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1 juli 1887.

Udk. til d. o. Udkast til lov om domstolenes ordning med motiver, udarbeidet af den ved kgl. res. 3 januar 1891 nedsatte kommission (1902).

Udk. til r. l. Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal, udarbeidet af B. Getz (se Getz Udredninger etc.).

LITTERATUR OG DOMSSAMLINGER

Bang og Larsen: B. og L. Systematisk fremstilling af den danske civilproces (1839—43).

Deuntzer Civilproces: D. Den danske civilproces (1901).

Getz Udredninger: Udredninger og Udkast til civilprocesreformen af B. Getz, udg. af F. Hagerup (1902).

Hambro Byretsdomme: Domme og kjendelser ved Kristiania byret i borgerlige retstrætter, udg. af E. Hambro (1901).

Nellemann Alm. del: N. Civilprocessens almindelige del (3dje udg. 1887).

Nellemann Ord. civ. procesm.: N. Den ordinære civile procesmaade (4de udg. 1900).

Planck Lehrbuch: P. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I (1887), II (1891).

Retst.: Norsk Retstidende.

Schmidt Lehrbuch: S. Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts (1898).

Schweigaard I og II: S. Den norske proces I (5te udg. (1891) og II (4de udg. 1893).

Tidsskr. f. retsv.: Tidsskrift for retsvidenskab, udgivet af den Stangske stiftelse.

Ugebl. f. lovk.: Ugeblad for lovkyndighed, statistik og statsøkonomi, udg. af den norske sagførerforening.

Wach Handbuch: W. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I (1885).

INDHOLD AF FØRSTE DEL

FØRSTE HOVEDAFSNIT

ALMINDELIGE GRUNDSÆTNINGER

FØRSTE KAPITEL

CIVILPROCESSENS BEGREB OG STILLING I RETSSYSTEMET

Pag

ANDET KAPITEL

CIVILPROCESSENS HOVEDGRUNDSÆTNINGER

TREDIE KAPITEL

CIVILPROCESRETTENS KILDER

ANDET HOVEDAFSNIT

FORLIGSMÆGLING OG VOLDGIFT

FØRSTE KAPITEL

FORLIGSMÆGLING

FJERDE HOVEDAFSNIT

CIVILPROCESSENS GJENSTAND

FEMTE HOVEDAFSNIT

DE PROCESSUELLE HANDLINGER

FØRSTE UNDERAFSNIT

ALMINDELIGE REGLER FOR DE PROCESSUELLE HANDLINGER

FØRSTE KAPITEL

DE PROCESSUELLE HANDLINGERS ART OG VIRKNINGER SAMT FORUDSÆTNINGERNE FOR DISSE

ANDET KAPITEL

FORHOLDET MELLEM PARTSHANDLINGER OG DOMMERHANDLINGER

TREDJE KAPITEL

RETTERGANGENS YDRE FORMER

ANDET UNDERAFSNIT

PARTSHANDLINGER

FØRSTE KAPITEL

OM DE PROCESSUELLE PARTSERKLÆRINGER SÆRLIG PARTERNES ANGREBS- OG FORSVARSMIDLER

ANDET KAPITEL

DE ENKELTE TRIN I PARTSFORHANDLINGEN

TREDIE KAPITEL

BEVIS

A. OM BEVIS I ALMINDELIGHED

FØRSTE HOVEDAFSNIT

ALMINDELIGE GRUNDSÆTNINGER. KILDER

FØRSTE KAPITEL

CIVILPROCESSENS BEGREB OG STILLING I RETSSYSTEMET

§ 1.

CIVILPROCESSENS VÆSEN OG OPGAVE

I. I retsordenens væsen ligger, at den alene fyldestgjørende kan løse sin opgave, naar den opretholdes ved en af staten gjennem særegne organer udøvet tvang. Det er ikke nok, at staten opstiller en almindelig objektiv norm for, hvad der under visse forudsætninger skal gjælde som ret; den maa ogsaa sørge for, at der er adgang baade til at faa fastslaaet, om disse forudsætninger er tilstede i det konkrete tilfælde, og til at faa tvunget den, der handler imod retsordenens bud, til at bøie sig for dens autoritet.

Indbegrebet af de retsinstituter, hvorved den tvingende retshaandhævelse gjennem statens domstole er organiseret, benævnes proces.

Tvang er saaledes en væsentlig side ved processen, uden hvilken denne ikke fuldt ud vilde opfylde sin hensigt. Vistnok er dommerens udtalelse om, hvad der i det givne tilfælde er ret, mere end en teoretisk læremening; det er et bud til parterne om, hvad retsordenen kræver af dem; og dette bud vilde i mange tilfælde, selv om der ingen tvang kunde anvendes, som udtalt af statens orga-

ner, ved selve sin autoritets vægt fremkalde lydighed. Fuld betydning faar imidlertid denne udtalelse aabenbart først, naar den, fra hvem den udgaar, tillige kan give anvisning paa ydre tvangsmidler til at opretholde den.

Men om end saaledes tvang er et væsentligt moment i processen, er det ingenlunde saa, at processens opgave udtømmer sig i en anordning af en tvungen fuldbyrdelse. En lige væsentlig del af dens opgave er, som allerede oven antydet, at fastsætte de konkrete forudsætninger for en abstrakt retsnorms anvendelse. En saadan fastsættelse er regelmæssig betingelse for tvangsanvendelsen[1]. Men den er i mange tilfælde alt, hvad parterne begjærer, idet enten afgjørelsen intet efterlader at fremtvinge (frifindende dom, ægteskabsophævelsesdom, domme, der fastslaar et retsforholds tilværelse eller ikke-tilværelse), eller parterne paa forhaand er fuldt beredte til frivillig at opfylde den forpligtelse, der ved dommen maatte paalægges dem.

Allerede af det her fremstillede vil det fremgaa, at det ikke kan anerkjendes at være korrekt, naar det siges, at proces hviler paa retsbrud[2]. Processen har ingenlunde til udelukkende opgave at reagere mod retsbrud. Dens opgave er retshaandhævelse; og denne opgave maa gjennemføres, saalangt behovet rækker. Men dette behov gjør sig ikke blot gjældende, hvor nogen bevidst har sat sig op imod retsordenens bud, eller hvor der foreligger en objektiv uoverensstemmelse mellem en subjektiv rettigheds indhold og rettighedshaverens faktiske retsnydelse, men overalt, hvor der er opstaaet en mod berettigede in-

[1] Ikke i alle tilfælde, idet lovgivningen under visse betingelser tillader tvangsanvendelse ved de exekutive myndigheder uden en dømmende fastslaaen af den rettighed, der er hjemmelen for tvangsanvendelsen (se N. L. 5—7—8; 6—14—6; mærk ogsaa de foreløbige retsmidler arrest og forbud).

[2] Se saaledes Morgenstierne i Tidsskr. f. retsv. 1890 p. 132; se ogsaa Savigny System des heut. röm. Rechts V p. 6 jfr. 286 ff, der tør være ophavet til denne teori, og fra nyere tid Schmidt Lehrbuch d. D. Civilprozessrechts p. 130—1; jfr. derimod O. Fischer Recht u. Rechtschutz p. 67 ff.; Hölder Klage und Rechtsverletzung i Zeitschrift f. Deutschen Civilprozess XXII p. 1 ff. jfr. sammes Pandecten I §§ 4, 61 og 62. Se ogsaa Retst. 1902 p. 145—6.

teresser stridende uklarhed om de enkelte retssfærers indbyrdes grænser. Det er derfor intet med processens begreb uforeneligt, at der gives adgang til at paakalde domstolenes medvirkning blot til at faa fastslaaet retssfærernes udstrækning og forhold til hinanden (fastsættelsessøgsmaal).

I sin egenskab af retshaandhævelse virker processen vistnok væsentlig som retsbeskyttelse for de subjektive rettigheder mod forstyrrende indgreb. Men fastholder man, hvad der netop er sagt, vil det sees, at processen ikke altid behøver at dreie sig om en positiv rettigheds tilværelse. Der er i processens væsen intet til hinder for, at den, der har interesse deraf, faar adgang til at paakalde domstolenes medvirkning for at faa et retsforholds ikketilværelse fastslaaet[3]. Processens opgave er i det hele at forhjælpe den objektive retsorden til fuld praktisk, konkret anerkjendelse og gjennemførelse[4].

Skal procesordningen virke som retsbeskyttelse, kan den aabenbart ikke paa forhaand gjøre domstolenes medvirkning afhængig af, at den, der paakalder en saadan, materielt har ret. Dette er netop det, der under processen skal bringes paa det rene. Heraf følger da, at der maa staa enhver aaben adgang til at anlægge retssag og stevne

[3] Med hensyn herpaa har en nyere teori konstrueret et særeget «retsbeskyttelseskrav», rettet paa at faa domstolenes beskyttelse for en vis retsstilling, et krav, som ikke falder sammen med begrebet retskrav overhovedet, idet retsbeskyttelseskravet (ved negative fastsættelsessøgsmaal) kan være begrundet ogsaa, hvor vedkommende ingen subjektiv rettighed har, og, selv hvor en saadan findes, ikke er begrundet, før rettigheden er krænket. Se Wach Handb. des deutschen Civilprozessrechts § 2, hvis opfatning er tiltraadt bl. a. af E. Trygger Skriftliga bevis p. 21 ff.; se ogsaa Schmidt Lehrb. des d. Civilprozessrechts p. 16—21. — Herved oversees imidlertid, at under en proces har ikke blot sagsøgeren, men ogsaa sagsøgte krav paa retsbeskyttelse gjennem en med den objektive ret stemmende afgjørelse af det foreliggende spørgsmaal. I det hele fordunkles ved paa denne maade at gjøre et individuelt retskrav til grundlag for det hele procesinstitut erkjendelsen af dettes betydning for retsordenen og retssfærerne i det hele; se Bülow paa det i forrige note citerede sted p. 212 ff.; se ogsaa om det her berørte spørgsmaal Deuntzer Den danske civilproces p. 16—17.

[4] Jfr. O. Bülow i Zeitschr. f. D. Civilprozess XXVII p. 221.

sin modpart for domstolene. Hverken denne eller domstolene kan som betingelse for sin medvirkning kræve nogetsomhelst andet end, at de ydre former for sagens indbringelse for domstolene er iagttagne. At sagsøgeren har materielt uret, leder til, at han taber søgsmaalet, ikke til at dette nogensinde paa forhaand afvises[5].

II. Deri, at civilprocessen er en retshaandhævelses- og retsbeskyttelsesanordning ligger, at domstolene ingen opgave har, hvor spørgsmaalet ikke er om bestaaende grænser mellem de individuelle retssfærer, men om et retsspørgsmaal i sin abstrakte almindelighed, selv om dets besvarelse kan tænkes at faa betydning for den fremtidige ordning af retssfærerne. Domstolenes opgave er at anvende loven paa foreliggende fakta eller retsforhold, ikke at afgive almindelige udtalelser om lovens forstaaelse. Et saadant rent lovfortolkningsspørgsmaal kan aldrig være gjenstand for en civil proces; og domstolene har paa embeds vegne at afvise sagen, selv om spørgsmaalet forelægges dem med hensyn paa en handling, som parterne agter at foretage, eller et retsforhold, som de agter at indgaa, eller med hensyn paa et forhold, der har havt, men har ophørt at have betydning for dem[6].

[5] Af denne almindelige ubetingede beføielse for enhver til at anlægge proces mod hvemsomhelst har enkelte forfattere i nyere tid konstrueret en egen klageret af publicistisk art (se navnlig Degenkolb Einlassungszwang u. Urteilsnorm (1877) p. 1 ff.; Plosz Beiträge zur Theorie des Klagerechts (1880)). Men den heromhandlede beføielse er ligesaalidt at opfatte som en subjektiv ret som beføielsen til at gaa paa gaden eller betræde offentlige bygninger o. lign.

[6] Se Schweigaard II p. 5—6. Jfr. til belysning: Retst. 1844 p. 65 ff. (spørgsmaal om fattigforsørgelsespligtens udstrækning i forholdet mellem et bergværk og en kommune); Ugebl. f. lovk. IV p 285 ff. (spørgsmaalet var, om adgang til at faa en auktions gyldighed prøvet var bortfaldt derved, at den auktion, om hvilken der var tvist, efter rekvirentens udtalelse ikke vilde blive benyttet; sagen blev under dissens antagen til paadømmelse i realiteten); Retst. 1888 p. 481 (spørgsmaal om et handelsfirmas adgang til at faa ophævet et af regjeringen udstedt forbud mod indførelse af en vare, der netop var af den art, hvormed firmaet drev forretning, besvaret bekræftende); Retst. 1889 p. 546 ff. (spørgsmaal om gyldigheden af en eragtning angaaende valg af kurator i et kon-

III. Processen er retshaandhævelse ved statens organer, men den er ikke den eneste form for retshaandhævelsen. Herom mærkes:

a) Den er for det første ikke den eneste form for statens retshaandhævelse. Denne udøves nemlig ikke blot gjennem domstolene, men ogsaa gjennem forvaltningen, om end her retshaandhævelsen er en mere sekundær og afledet side. Den, hvis ret er krænket af en offentlig tjenestemand, vil saaledes kunne faa retsbeskyttelse ikke blot ved domstolene, men ogsaa ved administrativ rekurs til tjenestemandens overordnede. Forholdet mellem forvaltning og retspleie frembyder iøvrigt vanskelige grænsebestemmelser, hvorom mere i følgende paragraf.

Videre maa det erindres, at staten i mange tilfælde ikke beskytter en rettighed paa den maade, at den direkte giver rettighedshaveren adgang til at forfølge den ved domstolene, men kun indirekte, væsentlig ved straffebestemmelser, hvis overtrædelse leder til, at statens strafferet, ikke den private ret, for hvis skyld straffen er sat, kommer under forfølgning for domstolene. Paa denne maade er navnlig mange ideelle retsgoder (pietet, sædelighed, religiøs følelse) beskyttet.

b) Den fuldkomne tilstand i et ordnet samfund er, at al tvingende retshaandhævelse sker gjennem statens organer. Haand i haand med civilprocesordenens udvikling gaar udelukkelsen af selvtægt. Imidlertid vil staten dog aldrig formaa at yde borgerne en saa virksom bistand til hævdelsen af deres retssfærer, at de private rettigheders haandhævelse ved borgerne selv ganske skulde kunne udelukkes. Staten kan ikke vel gaa videre end til at forbeholde sig den udelukkende udøvelse af den gjenoprettende retshaandhævelse, fremtvingelse af pligten til at gjenoprette følgerne af en allerede indtraadt retsfor-

kursbo antaget bortfaldt, efterat boet var extraderet skyldneren til fri raadighed); jfr. ogsaa Retst. 1879 p. 885 ff. — En anvendelse af sætningen er det, at spørgsmaal om, hvad enhver i kraft af selve loven kan gjøre, ikke kan indbringes for domstolene uden, hvor nogen har hindret vedkommende i denne beføielses udøvelse.

styrrelse. Hvor det derimod gjælder at afværge et angreb, vilde individet ofte maatte være en hjælpeløs tilskuer til retskrænkelser, der ikke senere lod sig gjenoprette, hvis det ikke fik lov til selv at haandhæve sin ret, om end ogsaa præventiv retsbeskyttelse i og for sig hører til processens opgave og delvis har ledet til udviklingen af særegne retsmidler (arrest, forbud).

Grænsen mellem den afværgende og gjenoprettende retshaandhævelse, den defensive og den offensive kamp for retten, er, om end i principet klar, i anvendelsen ofte vanskelig at trække. Forsaavidt rettigheden knytter sig til materielle ting, vil besiddelsesstanden være et afgjørende moment[7].

c) Parterne kan blive enige om at lade en opstaaet tvist eller uklarhed om deres retslige pligter og rettigheder afgjøre af en udenforstaaende tredjemand (voldgift). Ogsaa deri ligger en retshaandhævelse, der, hvis voldgiftskjendelsen tillægges samme virkning som en dom (hvad der i og for sig intet er til hinder for[8]), kan faa væsentlig samme styrke som statens. Men voldgift bliver dog ikke proces, fordi retshaandhævelsen ikke ydes ved statens organer.

Endnu mindre er forlig proces. Det er overhovedet ikke retshaandhævelse, men indeholder en frivillig given

[7] Kun forsaavidt selvtægten indeholder et indgreb i besiddelsesstanden, vil den efter den alm. straffelov af 22 mai 1902 være strafbar (se §§ 392 og 395; anderledes derimod efter den ældre str.l. kap. 22 § 10); men det er da ikke egentlig som selvtægt, men som retsstridigt indgreb i fremmed formuessfære, den straffes. Og da fra dette standpunkt retsstridigheden ophører, naar besidderen har givet sit samtykke til indgrebet, kan der efter den nye straffelov intet være til hinder for aftaler, hvorved f. ex. en sælger betinger sig ret til paa egen haand at fratage kjøberen den solgte ting, hvis tingen ikke betales, eller hvorved en udleier betinger sig ret til at tage leierens indbo til haandpant hvis leien ikke betales. Jfr. om saadanne «selvtægtsaftaler» Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozessrechts p. 115—6. — I enkelte tilfælde har lovgivningen udtrykkelig hjemlet en selvtægt, der tildels gaar ud over det rent defensive; se l. om sildefiskerierne 26 juni 1893 § 20; jfr. ogsaa havneloven 10 juli 1894 §§ 50, sidste p. og 56.

[8] Jfr. f. ex. Udk. til r. l. kap. XXXIII § 11.

afkald paa saadan. Afsluttes imidlertid et forlig under en proces (eller for de anordnede forligelseskommissioner), tillægges det en doms virkninger og faar derved en processuel karakter: Det sætter istedet for dommen en anden art saglig procesafgjørelse, der i visse maader endog har en stærkere forbindende kraft end dommen[9].

Hos os er forligsmægling gjort til nødvendigt led i enhver proces; og denne faar derved karakteren af en proceshandling.

IV. Civilprocessens opgave er at beskytte de private retsforhold, ikke at begrunde nye eller give de bestaaende retsforhold et nyt indhold.

Herved maa imidlertid bemærkes følgende:

Ligesom statens strafferetskrav ikke først begrundes ved straffedommen, men dog kun kan realiseres gjennem proces (ikke gjennem frivillig opfyldelse), saaledes gives der ogsaa visse civilretslige krav, der kun kan gjennemføres ved rettergang og dom. Herhen hører krav paa ægteskabs opløsning ved skilsmisse[10]. Ogsaa i en række tilfælde, hvor i og for sig en frivillig opfyldelse af et retskrav er mulig, vil dommen selv kunne medføre umiddelbar retsændring, svarende til, hvad kravet er rettet paa, saaledes hvor dommen udtaler opløsning af et selskab, eller hvor den anerkjender sagsøgerens krav paa en retsoverdragelse fra sagsøgte (eiendomsoverdragelse, cession, stiftelse af panteret og servitut) og saaledes træder istedet for en viljeserklæring fra den forpligtedes side.

Hvor dommen giver anvisning paa efterfølgende tvangsfuldbyrdelse, kan denne blive kilde til nye retsstiftelser (udlægspant); men disse har en ganske akcessorisk karakter, flyder ikke af processens nødvendige øiemed, hvilket viser sig deri, at dette bedst opnaaes, naar dommen opnaaes frivillig.

Om stiftelsen af nye retsforhold end ikke regelmæssig

[9] Jfr. nedenfor § 23; jfr. med det i texten udviklede Bülow Das Geständnissrecht (1899) p. 75, note 2 og det der citerede skrift: Paul Der Vergleich im Civilprozess (1898).

[10] Skilsmisse ved bevilling hviler ikke som skilsmisse ved dom paa et retsligt krav fra ægtefællens side paa at faa ægteskabet opløst.

tilsigtes, kan en saadan imidlertid vel blive en følge af processen. Skal nemlig den retsbeskyttelse, som civilprocessen er bestemt til at yde, være fuldt virksom, maa den, der har faaet endelig dom for sig, kunne føle sig tryg for, at retsforholdet ikke paany bliver underkastet proces og retslig afgjørelse. Derfor tillægger de fleste procesordninger domme (i modsætning til administrative afgjørelser) materiel retskraft *(res judicata jus facit inter partes)*. En endelig dom, der frakjender sagsøgeren en rettighed, bevirker, at denne for altid er bortfalden, ligesom han ved en dom, der tilkjender ham en rettighed, definitivt bliver denne rettigheds indehaver, ganske uafhængigt af, om dommen er rigtig eller ikke.

Imidlertid er det dog altid kun som forudsættende en anden retsstiftende kjendsgjerning, at dommen faar sin retslige virkning, hvilket ikke blot har teoretisk og systematisk betydning, men ogsaa har praktiske følger (f. ex. ved spørgsmaalet om rettighedens datum, afgjørelsen af, efter hvilket steds love den skal bedømmes).

V. Proces er ikke nødvendigvis det samme som retstvist *(lis)*. Der kan blive proces, hvor der ingen egentlig strid er mellem parterne, men kun uklarhed, ja selv hvor den ene part udtrykkelig anerkjender den andens ret (en debitor benegter f. ex. ikke det i processen indtalte krav, men undlader dog at betale)[11]. Men da processen tilsigter retshaandhævelse ligeoverfor en bestemt person, vil forholdet regelmæssig stille sig saa, at der maa regnes med muligheden af tvist; og med denne mulighed for øie stilles der den fordring til en ordnet proces, at ingen afgjørelse træffes, før der er givet den anden part anledning til at udtale sig (kontradiktorisk princip, hvorom mere i følgende kapitel).

Det her fremhævede moment adskiller processen *(jurisdictio litigiosa s. contentiosa)* fra, hvad man har kaldet den frivillige retspleie *(jurisdictio voluntaria)*, hvorunder man henfører hele statens ikke-dømmende virksomhed til

[11] Selv ved de saakaldte fastsættelsessøgsmaal afvæbnes, som senere skal paavises, ikke altid processen ved anerkjendelse.

stiftelse, sikrelse og udvikling af de private retsforhold, og hvorved ikke tilsigtes haandhævelse af rettigheder under aktuelle interessekollisioner, men betryggelse ligeoverfor fremtidige generelle muligheder. Herhen hører f. ex. tinglysning, værgeopnævnelse og umyndiggjørelse, førelse af firma-, handels- og varemærkeregistre, bekræftelse og ratihabition af private kontrakter.

Den frivillige retspleie er efter vor ret i de fleste tilfælde henlagt under administrative autoriteter. Men dens karakter forandres ikke i mindste maade derved, at den henlægges under domstolene. Derimod udviskes grænserne mellem den dømmende og den frivillige retspleie i nogen grad dels derved, at vor lovgivning i visse tilfælde har iklædt ogsaa den frivillige retspleie processuelle former, dels derved, at visse procesinstituter i virkeligheden har en blandet karakter. Det første er saaledes tilfældet med umyndiggjørelsessager[12].

Af blandet karakter er konkurs og skifte, forsaavidt enkelte af de under retten her henlagte forretninger nærmest tilhører den frivillige, andre den dømmende retspleie[13]. Af blandet karakter er ogsaa mortifikationsprocessen, forsaavidt som her vistnok den regelmæssige forudsætning er, at rettigheden er ophørt, men dog paa den anden side øiemedet er at bringe den til ophør, uafhængigt af dens tidligere existens[14].

VI. Ligesaalidt som processens opgave er at skabe nye subjektive rettigheder, ligesaalidt har den til formaal at skabe ny objektiv ret. Vel virker dommen som en lov for det konkrete retsforhold, men ogsaa kun for dette. Og den regel, som dommeren skal opstille, har han at hente fra loven, som han skal fortolke, men ikke forbedre[15].

Domstolenes afgjørelser er den levende ret: retten i sin virkeliggjørelse. I denne sin praktiske anvendelse kan

[12] Jfr. om disse Anden del § 173.
[13] Se nærmere herom Tredje og Fjerde del.
[14] Jfr. Anden del p. 214.
[15] Modsat den romerske prætor, den engelske *chancellor of equity*.

retten undergaa forandring og udfyldning, ikke fordi dommeren har ligefrem magt til at forandre loven, men fordi den praktisk anvendte ret kan blive udgangspunkt for en sædvanerets dannelse[16]. Men det vilde være falskt og misvisende at sætte dommerens opgave heri.

VII. Kredsen af de retsregler, der ordner den i det foregaaende beskrevne retshaandhævelse fra statens side, benævnes civilprocesret.

§ 2.

RETSPLEIE OG FORVALTNING[1].

I. Forstaar man under statsforvaltning udførelsen af alle de staten tilliggende funktioner, gaar ogsaa retspleien ind herunder. Det er imidlertid sædvanligt at opfatte begrebet forvaltning (administration) paa en snevrere maade og derunder kun henføre den virksomhed, hvorved staten varetager sine særlige interesser som saadan, og at stille denne virksomhed i modsætning til den, hvorved staten yder retshjælp ved haandhævelsen af de private retssfærer. Denne sondring har ogsaa sin dybere grund i sagens natur. Hvis staten haandhævede retspleien væsentlig efter samme synspunkt som det, der behersker den egentlige forvaltning, vilde der være plads for en konkret afveien af den interesse, som staten i det enkelte tilfælde maatte have

[16] Jfr. Bülow Gesetz und Richteramt; Goldschmidt Rechtsstudium u. Prüfungsordnung p. 118—19; Kohler Die schöpferische Kraft der Jurisprudents i Iherings Jahrb. 25de bd. p. 262 ff.; Hagerup Tidsskrift f. retsvidenskab 1888 p. 45—6.

[1] Aschehoug Norges nuværende Statsforfatning III kap. 63; Morgenstierne Den norske statsforfatningsret p. 482 ff.; J. Ussing Om afgjørelsen af tvistigheder med forvaltningen (1893); Nellemann Civilprocessens alm. del §§ 11—13; Deuntzer Den danske civilproces § 3; Matzen Den danske statsforfatningsret III §§ 13 og 15; Lassen Appel i civile sager p. 48; Forhandlingerne ved andet nordiske juristmøde p. 190 og 232; Wach Handbuch § 8 og den der i note 1 citerede udenlandske litteratur, hvortil kan føies: Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozessrechts § 25.

af overhovedet at yde retshjælp. Den enkelte, der finder sig forstyrret i den rolige nydelse af sin retssfære, vilde aldrig have noget retskrav paa saadan, ligesaalidt som en embedsansøger har noget retskrav paa et embede, for hvilket han har de bedste betingelser.

Det indsees imidlertid let, at en saadan ordning vilde være uforenelig med processens øiemed. Dette kræver nødvendigvis, at det gjøres domstolene til pligt at yde retshjælp, naar saadan paakaldes. Denne pligt giver saaledes procesinstitutet dets egentlige retslige særpræg. At pligten ikke er af privatretslig, men af offentligretslig karakter, at dens opfyldelse ikke af parten kan fremtvinges ved direkte søgsmaal, men alene haandhæves ved straffetrusel (jfr. strl. § 326), forandrer ikke dens karakter af en sand retspligt.

Erfaringsmæssig har det — som navnlig eneværldets embedsstyre i forskjellige lande lærer — vist sig vanskeligt for samme organ at varetage baade forvaltning i snevrere forstand og retshaandhævelse, idet den mere ensidige hensyntagen til offentlige interesser, som ligger i forvaltningens væsen, og som tillige medfører en pligt for den underordnede tjenestemand til at adlyde overordnedes befalinger, lettelig forrykker den fulde upartiskhed og uafhængighed, som den dømmende retsanvendelse forudsætter. Til resultaterne af den franske revolution hørte derfor ogsaa hævdelsen af den principielle sondring mellem retspleie og forvaltning, der blev udtalt af nationalkonventet, og som ogsaa ligger til grund for den norske grundlov[2].

Dette princip viser sin praktiske betydning i flere retninger:

1) Med hensyn til anordningen af de organer, hvorigjennem de forskjellige virksomheder udøves. Strengt gjennemført, skulde principet medføre, at administrative og judicielle forretninger ikke maatte henlægges til samme embedsmand. Saavidt er man imidlertid hos os aldrig gaaet. Der er under væsentlig dømmende embedsmænd (som byfogderne) henlagt visse administrative forretninger

[2] Jfr. Aschehoug l. c. p. 386 ff.

(som magistratsforretninger); og det er ikke anseet util-stedeligt under væsentlig administrative embeder (som magistraterne i enkelte byer) at henlægge visse dømmende forretninger, naar kun judicielle former iagttages (jfr. nedenfor). I mange tilfælde vil en streng sondring være umulig, fordi dømmende og administrative afgjørelser kan forekomme under en og samme forretning (konkurs, skifte- og arvebehandling).

Principet antages i den her omhandlede henseende væsentlig kun at medføre, at judicielle forretninger ikke kan henlægges til de øverste administrative statsmyndigheder (Kongen eller et regjeringsdepartement) ligesom heller ikke til stortinget[3], medens paa den anden side administrative afgjørelser af, hvad der i hvert enkelt tilfælde er hensigtsmæssigst og mest stemmende med statens tarv, ikke paa saadan maade kan henlægges under domstolene, at disses beslutninger ikke kan forandres paa administrativ vei[4].

I mange lande er de regelmæssige domstoles virksomhed begrænset til udøvelsen af straffejustitsen (kriminalprocessen) og paakjendelsen af statsborgernes privatretslige tvistigheder (civilprocessen). Fra den sidstnævntes omraade er derimod udelukket bedømmelsen af alle offentligretslige forhold. Disse sidste er da enten henlagt til de almindelige administrative autoriteter, der afgjør sagen i administrative former[5], eller til særegne forvaltningsdomstole, der behandler sagen i processuelle former[6].

[3] Aschehoug l. c. p. 386 ff.

[4] Aschehoug l. c. p. 389 ff. Derimod er der intet til hinder for, at ogsaa saadanne beslutninger omgives med visse judicielle former. — Naar forøvrigt vedkommende myndighed har behandlet en i og for sig administrativ beslutning som judiciel, vil dette have den følge, at beslutningen ogsaa forsaavidt maa respekteres, indtil den er omgjort ved judiciel appel; jfr. Getz Paaanke p. 37.

[5] Dette er i det væsentlige forholdet i Sverige. Jfr. Aschehoug Den nordiske statsret (i Nord. retsencyclopædi) p. 430 ff.

[6] Saadanne forvaltningsdomstole findes navnlig i Frankrige, hvor sondringen mellem de privatretslige og de offentligretslige tvistigheder er gjennemført med pinlig omhu. For de enkelte departementer haves præfekturraad og for hele riget *conseil d'état.* Efter Frankriges forbillede

Denne sondring mellem privatretslig og offentligretslig, der i enkelthederne ikke er let at trække, og som ogsaa er gjenstand for adskillig meningsforskjel[7], har efter norsk ret paa processens omraade ingen praktisk betydning, idet de almindelige domstole har kompetens til ogsaa at paakjende processer, hvis gjenstand er et offentligretsligt forhold, forsaavidt et saadant ikke ved nogen særlig bestemmelse er unddraget deres bedømmelse. Denne sætning er forlængst anerkjendt af vor retspraxis[8].

I enkelte anvendelser er det foran angivne princip for den judicielle myndigheds omraade ikke strengt opretholdt. Helt unddragne fra domstolenes afgjørelse er saaledes navnlig tvistigheder om statsborgerlig og kommunal stemmeret (se grl. § 55 i. f. og lovene af 27 juli 1896 nr. 8 og 9 begges § 3), hvilke afgjøres af stortinget. I følgende tilfælde har lovgivningen tillagt administrationen afgjørelsesmyndighed: Tvistigheder mellem kommuner eller mellem saadanne og staten angaaende fattigforsørgelse (se l. om fattigvæsenet af 19 mai 1900 kap. 6) afgjøres af vedkommende regjeringsdepartement eller undtagelsesvis af særskilt dertil opnævnte mænd (»voldgift», se nedenfor § 25). Lov om emigranter af 22 mai 1869 § 7 henlægger inden visse grænser til vedkommende regjeringsdepartement at afgjøre tvistig-

er de indført i flere af de tyske stater, navnlig Baden, Bayern, Würtemberg og Preussen, ligesom ogsaa i Østerrige. Til afgjørelse af de mange kompetenstvistigheder haves i Frankrige en egen *tribunal des conflits ;* ligesaa i flere tyske stater; jfr. Wach l. c. § 8 note 65; Ussing l. c. p. 145 ff. «Tanken er med saadanne særegne forvaltningsdomstole den, at den offentlige interesse vilde lide ved, at regjeringsvirksomheden underkastes bedømmelse af domstolene, der til og med ofte savner tilstrækkeligt kjendskab eller rutine paa de herhenhørende livs- og retsomraader, ligesom ogsaa sagen selv vil lide ved den kunstige sondring af opportunitets- og retsspørgsmaal, af publicistiske og privatretslige spørgsmaal» (Wach l. c. p. 82—3). Om hvorvidt disse grunde kan betragtes som afgjørende, se Ussing l. c. p. 110 ff.

[7] Jfr. Ussing l. c. p. 28 ff.; Nellemann l. c. § 11; jfr. ogsaa Schmidt l. c. p. 122—4.

[8] Jfr. Aschehoug l. c. p. 345—8. Der er end ikke for tiden opstillet særegne rettergangsregler for saadanne sagers behandling; jfr. Anden del p. 219. Se derimod Udk. til r. l. kap. XXX. — I principet er det samme gjældende ogsaa i Danmark, hvor dog undtagelserne er langt mere omfattende end hos os; se Nellemann l. c. p. 85—98; Ussing l. c. p. 232 ff.

heder mellem en udvandrer og en udvandringsagent angaaende misligholdelse af befordringskontrakt. Bestemmelse af underholdningsbidrag til børn og ægtehustru (lovene af 4 juli 1892) samt anordninger med hensyn til, hvilken af ægtefællerne der skal opdrage de fælles børn, naar ægtefællerne ikke lever sammen, hører under øvrigheden. Det samme gjælder udvisning af riget i henhold til l. 4 mai 1901 § 7. Afgjørelser, hvorved forældremyndighed frakjendes forældre, træffes af værgeraadet, der nærmest er en administrativ myndighed, og i sidste instans af vedkommende regjeringsdepartement (se l. 6 juni 1896 § 2 jfr. § 15, sidste led). Med hensyn til afgjørelsen af skilsmissespørgsmaal har administrationen (Kongen) en afgjørelsesmyndighed, som dels konkurrerer med domstolenes dels gaar videre[9]. Ogsaa de afgjørelser af registreringsspørgsmaal, der omhandles i handelsregisterloven af 17 mai 1890 § 3, 3dje led og skibsregisterloven af 4 mai 1901 § 32, kan med endelig virkning træffes saavel af administrative som af judicielle myndigheder.

I visse tilfælde er en retsafgjørelse, under adgang til appel til overordnede domstole, i første instans henlagt til administrative autoriteter, som forsaavidt faar en vis lighed med forvaltningsdomstole. Saaledes afgjør sessionsbestyrelserne efter l. 3 aug. 1897 nr. 9 § 65 spørgsmaal om værnepligt med adgang for den, der rammes deraf, til enten at underkaste sagen kongens afgjørelse eller paaanke den til høiesteret[10]. Efter universitetsfund.s § 43 kan det akademiske kollegiums beslutninger om relegation paaankes til høiesteret. Retsskrivernes forvaltning af retsskrivervæsenet (derunder tinglysningsvæsenet) er gjenstand for prøvelse af overret og høiesteret[11].

Hvor domstolene er beføiet til at paadømme sager angaaende offentligretslige forhold, er de ogsaa beføiede til at give anvisning paa den sædvanlige tvangsfuldbyrdelse[12].

2) Med hensyn til formerne for vedkommende funk-

[9] Jfr. Tidsskr. f. retsv. 1894 p. 70 ff.; O. Platou Ægteskabs stiftelse og opløsning p. 99 ff.

[10] Se exempelvis Retst. 1899 p. 701.

[11] Jfr. Anden del p. 24; Getz Paaanke p. 31.

[12] Jfr. Aschehoug l. c. p. 380—2.

tioners udførelse. Judicielle forretninger skal iklædes de særlige processuelle former, fremfor alt den kontradiktoriske forhandlingsform (jfr. nedenfor § 5), medens en saadan fordring ikke kan stilles til de administrative forføininger. Heri ligger imidlertid selvfølgelig ikke, at der er nogen principiel hindring mod at anvende de judicielle former ogsaa paa administrative forretninger (men vel mod det omvendte). Og i virkeligheden har lovgivningen i flere tilfælde gjort dette (f. ex. ved umyndiggjørelse, der før l. 1899 skede i administrative former, men ved nævnte lov blev underkastet judicielle).

3) Med hensyn til beslutningens omgjørelse. Judicielle beslutninger kan som regel ikke omgjøres af den, der har fattet dem, men er til gjengjæld som regel undergivne appel, medens administrative forføininger som regel ikke er gjenstand for nogen judiciel appel, men vel i regelen kan omgjøres saavel af den, fra hvem de er udgaaede, som af en overordnet administrativ instans.

Dette er dog, som ogsaa antydet ved selve formuleringen, kun udtryk for, hvad der er regel. Der er i virkeligheden ikke nogen principiel hindring for undtagelser. Saaledes viser det foran p. 14 anførte, at vor lovgivning ogsaa kjender appel i anvendelse paa administrative afgjørelser. Og omvendt har lovgivningen i enkelte tilfælde aabnet adgang til at omgjøre judicielle dekreter (jfr. strpl. § 168, 2det og 3dje led)[13].

II. Af, hvad der er forklaret under I fremgaar, at det er praktisk vigtigt i det enkelte tilfælde at kunne afgjøre, om en beslutning er judiciel eller administrativ.

Den foregaaende udvikling vil have vist, at man ikke kan søge skjelnemærket i de i det enkelte tilfælde anvendte former; ti disse er netop betinget af afgjørelsens beskaffenhed; og en beslutning bliver ikke mindre at anse som judiciel, fordi formerne er tilsidesatte[14].

[13] En videre anvendelse af samme princip er gjort i Udk. til l. om d. o. § 259.

[14] Jfr. Getz Paaanke p. 36.

Heller ikke kan skjelnemærket søges i, om beslutningen er appellabel; ti appellabiliteten følger af beslutningens judicielle karakter, ikke omvendt.

End mindre kan skjelnemærket søges i hensynet til den person, der træffer afgjørelsen. Ti dømmende og administrative forretninger er ofte forenede paa samme embede, ja kan endog ofte forekomme forenede under en og samme sag (konkurs og skifte). Afgjørende er heller ikke, at beslutningen kan fuldbyrdes ved tvang; ti i mange tilfælde er ogsaa administrative forføininger exigible, om end isaafald altid tvangsfuldbyrdelsen maa kunne indbringes til prøvelse af domstolene[15].

Endelig kan heller ikke skjelnemærket søges i, om afgjørelsen er af skjønsmæssig art. Ti ogsaa domstolenes afgjørelser er i mange tilfælde forbundne med et skjøn (saaledes er afgjørelsen af, om der foreligger uagtsomhed, i væsentlig grad skjønsmæssig).

Grænsen mellem forvaltning og retspleie er overhovedet ikke let at trække; og der lader sig vanskelig opstille en fast regel, der i alle tilfælde afskjærer tvivl. Kriteriet maa væsentlig søges i øiemedet. De judicielle beslutningers formaal er at fastslaa subjektive retsforhold; og judiciel er enhver afgjørelse, der gaar ud paa at fastsætte, hvad der er ret mellem to eller flere private personer eller mellem saadanne og staten. Administrativ er afgjørelsen derimod, naar den ikke direkte sigter til retshaandhævelse, men væsentlig fremtræder som et led i det offentliges (statens og dens enkelte organers) forsorg for samfundets og dets enkelte medlemmers vel.

Denne regel giver, som det vil sees, kun et ledende synspunkt, og er ikke egnet til at danne nogen skarp grænselinje. Der bliver derfor her adskillig plads for en indgriben af den positive lovgivning, ved hvilken afgjørelser, hvis henførelse under den ene eller anden kategori er tvivlsom, paatrykkes en bestemt karakter enten som administrative eller judicielle[16].

[15] Jfr. Aschehoug l. c. p. 393 ff.
[16] Jfr. Fjerde del p. 62—3.

Til belysning af, hvorledes sondringen i enkelthederne maa drages efter vor positive lovgivning, bemærkes foruden, hvad der er anført p. 13—14: De forføininger, der udgjør led i en rettergang, er regelmæssig at betragte som judicielle (saaledes den saakaldte procesledelse og afgjørelse af processuelle kompetens- og habilitetsspørgsmaal). Den blotte omstændighed, at forføiningen staar i forbindelse med rettergangsskridt, er dog ikke nok til at give den en judiciel karakter, saaledes er anordning af tid og sted for retsmøder en administrativ handling[17], ligesom forretningsfordelingen inden en kollegial ret. Det samme gjælder mændsopnævnelse ved syn og skjøn, der tidligere var henlagt under administrative tjenestemænd, men nu ved l. 29 juni 1888 (jfr. l. 21 juli 1894 § 3 a) er henlagt til dommeren[18]. Fastsættelsen af salærer, der i anledning af rettergang bliver at udrede af det offentlige, er af sptl. 6 aug. 1897 §§ 104—106 og strpl. § 81 behandlet som en administrativ afgjørelse. Tvangsfuldbyrdelsen er hos os en judiciel funktion, skjønt i og for sig en anden ordning var tænkelig[19]. Det samme gjælder de foreløbige retsmidler (arrest og forbud). De forføininger, der staar i forbindelse med konkurs-, skifte- og arvebehandling, er, som allerede bemærket i § 1, dels judicielle dels administrative[20]. Retsskriverens forretninger, saavel de, der knytter sig til rettergangen (som protokolførsel, opbevaring af dokumenter, meddelelse af udskrifter) som de, der hører ind under den saakaldte frivillige retspleie (saaledes tinglysningsvæsenets bestyrelse), er administrative[21]. Det samme gjælder bestyrelsen af registreringsvæsenet[22], lige-

[17] Disse anordninger maa derfor kunne træffes af den overordnede administration (jfr. strpl. §§ 28, 29, 32; Udk. til lov om domstolenes ordning §§ 16, sidste led og 22.) Noget andet er det, at dommerens berammelse af retsmøde og negtelse af at beramme retsmøde kan være underkastet judiciel appel; jfr. Anden del p. 22—3.

[18] Jfr. nedenfor § 117, III.

[19] Jfr. Anden del p. 250 ff.

[20] Jfr. nærmere Tredje del § 6 og Anden del § 13, IV.

[21] At imidlertid retsskriverens afgjørelser paa disse omraader er underkastet judiciel appel, er allerede foran bemærket.

[22] Ogsaa for disses vedkommende er tildels judicielle regler bragt til anvendelse; jfr. lov om handelsregistre 17 mai 1890 § 3 og lov om skibsregistre af 4 mai 1901 § 33.

som ogsaa notarialforretninger. Om umyndiggjørelse er allerede før bemærket, at den tidligere var henlagt til administrative myndigheder, medens den nu henligger under domstolene og er omgivet med ialfald delvis judicielle former.

III. I nær forbindelse med domstolenes adgang til at paakjende saavel offentligretslige som privatretslige retsforhold staar spørgsmaalet om deres kompetens til at prøve lovmæssigheden af en hvilkensomhelst øvrighedshandling. Dette spørgsmaal er dog ikke identisk med det foregaaende. Det kan ogsaa foreligge i et rent privatretsligt forhold, hvor der f. ex. i en tvist mellem tvende privatpersoner opstaar spørgsmaal om gyldigheden af en af øvrigheden given expropriationsbemyndigelse el. lign. Forøvrigt kan spørgsmaalet opstaa enten derved, at det offentlige anlægger sag mod en privatmand til fremtvingelse af en forpligtelse, som er paalagt ved øvrighedsbeslutning, eller til straf for undladelse af at efterkomme en saadan, eller derved, at en privatmand, ligeoverfor hvem en embedsmand har negtet at træffe en forføining, anlægger sag for at faa den fremtvungen (forrettelse af vielse, udstedelse af næringsbrev o. s. v.), eller endelig derved, at der gjøres straf- eller erstatningsansvar gjældende mod embedsmanden i anledning af en negtet eller iværksat øvrighedsforanstaltning[23].

Af enkelte er her ligeoverfor domstolenes ret til at bedømme retmæssigheden af øvrighedsbeslutninger opstillet det princip, at hver autoritet bør bedømme sin egen kompetens. Ogsaa de administrative autoriteter er forpligtede til at handle og danne sig en egen formening om de love, hvorefter de skal handle. Domstolene er derfor ikke de eneste, som har den opgave at fortolke lovene. En ret for domstolene til at tilsidesætte øvrighedsbeslutninger vilde berøve administrationen fornøden frihed og skabe usikkerhed og forvirring. Det er imidlertid herimod med fuld føie indvendt, at øvrighedens fortolkning af lovene kun har betydning som grundlag for dens handlemaade, ligesom ogsaa private forsaavidt kan blive nødsagede til at fortolke lovene for at indrette sig i overens-

[23] Jfr. Aschehoug l. c. p. 315.

stemmelse med dem. Domstolenes anvendelse af loven paa konkrete tilfælde har derimod ikke alene det øiemed at bestemme disses egen handlemaade; men den afgjør det foreliggende spørgsmaal med bindende virkning for alle vedkommende. Domstolene er ogsaa, idet den opgave at anvende lovene upartiskt særlig er anvist dem, bedst skikkede til en bedømmelse af, om en lovanvendelse har været rigtig; og de lovforskrifter, som binder administrationens hænder, vilde ikke faa fuld betydning, hvis ikke domstolene var sat til at overholde dem.

Under enevoldsregjeringen søgte man i N. L. 1—2—6 en hjemmel for den lære, at embedsmænd i anledning af deres embedshandlinger ikke kunde sagsøges ved de almindelige domstole. Og denne i sig selv yderst tvivlsomme fortolkning blev lagt til grund for instruxen for Kjøbenhavns magistrat af 28 aug. 1795 § 29 og for Kristiania magistrat af 14 septbr. 1798 § 26. Efter grundloven, hvis § 99 for tilfælde af «ubeføiet arrest og ulovligt ophold» siger, at vedkommende skal staa den private til ansvar, er nu ved fast praxis, om end oprindelig efter nogen vaklen[24], den sætning, at administrationen bedømmer sin egen kompetens, forkastet. Øvrighedshandlinger underligger imidlertid kun domstolenes bedømmelse, forsaavidt angaar deres formelle og materielle lovmæssighed, ikke forsaavidt angaar deres hensigtsmæssighed eller forsvarlighed fra et administrativt synspunkt[25].

Forsaavidt særlig angaar spørgsmaalet om den enkelte privatmands ret til at indbringe en administrativ afgjørelse for domstolene, vil regelen være, at en saadan ad-

[24] Se Aschehoug l. c. p. 358.

[25] Jfr. dog Morgenstierne i Retst. 1887 p. 179—80; derimod Aschehoug l. c. p. 357. Se endvidere Nellemann l. c. p. 115 ff.; Ussing l. c. p. 74 ff. Den sidstnævnte forf. hævder p. 90 ff. i tilslutning til praxis i flere fremmede lande, at domstolene maa kunne kontrollere administrationsbeslutninger ogsaa, forsaavidt deres teknisk-forvaltningsmæssige side angaar, naar det er aabenbart, at administrationens diskretionære myndighed er anvendt i et øiemed, der ligger ganske udenfor lovens tanke (den franske rets *détournement de pouvoir*). Herfor taler gode grunde, idet det vel i et saadant tilfælde vil kunne siges, at handlingen ikke blot er administrativt uforsvarlig, men ligefrem ulovlig.

gang staar ham aaben, hvor han paaberaaber sig, at retsnormer, der særlig er givne til den enkeltes beskyttelse, er krænket, ikke derimod, hvor spørgsmaalet er, om de almene interesser er tilsidesatte ved administrationens handlemaade[26]. En person, der er negtet handelsborgerskab paa grund af manglende handelskundskab, kan faa denne beslutning som ulovhjemlet omgjort af domstolene. Derimod kan ikke en afvist embedsansøger faa denne afgjørelse prøvet ved retterne. Har politiet negtet tilladelse til en offentlig forestilling, kan domstolene prøve, om forestillingen overhovedet hørte til dem, til hvilke efter l. 22 mai 1875 § 4 politiets tilladelse er nødvendig, ikke om negtelsen var paakrævet af de hensyn, der har dikteret lovens forskrifter herom. En person, der rammes af et paalæg fra sundhedskommissionen, kan indbringe for domstolene spørgsmaalet, om paalægget har hjemmel i loven, ikke spørgsmaalet om dets nødvendighed eller betimelighed i sanitær henseende[27]. Har en enke faaet adgang til at sidde i uskiftet bo efter l. 30 juli 1851, kan udarvinger eller arvinger over 25 aar ved domstolene faa omstødt bevillingen, hvis den er imod loven; derimod kan den ikke angribes paa grundlag af, at enken ikke er en «forstandig og huslig kvinde». Klager over skatteligning kan indbringes for domstolene, forsaavidt de grundes paa, at lovens ligningsregler er tilsidesatte, ikke forsaavidt de grundes paa urigtig ansættelse af skatbar formue eller indtægt.

I samme udstrækning, som domstolene er berettigede til at prøve den udøvende magts beslutninger, kan de ogsaa prøve de fra den lovgivende magt udgaaede beslutninger (lovmæssigheden af skattebeslutninger, grundlov-

[26] Spørgsmaalet om den enkeltes ret til at paakalde domstolenes mellemkomst ligeoverfor administrative afgjørelser falder ikke ganske sammen med spørgsmaalet om domstolenes adgang til at prøve administrative handlingers retmæssighed; ti det sidste spørgsmaal kan ogsaa opstaa i tilfælde, hvor sagen ikke er reist af nogen enkeltmand, f. ex. som præjudicielt spørgsmaal i en offentlig straffesag; jfr. Retst. 1896 p. 204.

[27] Jfr. l. 16 mai 1860 § 7; Retst. 1892 p. 321 (især p. 326 og det der citerede).

mæssigheden af love). Denne sætning, der ikke overalt er anerkjendt[28], er hos os forlængst fastslaaet.

IV. Principet om sondringen mellem den dømmende og den udøvende myndighed tilsteder, som foran udviklet, ikke, at den sidste i noget tilfælde kan omgjøre den førstes judicielle dekreter. Men herved udelukkes ikke, at den kan øve en vis kritik og kontrol ogsaa med de judicielle embedsmænds virksomhed. Tvertom maa denne som enhver anden del af statstjenesten være underkastet en saadan; se N. L. 1—5—21 og frdn. 11 aug. 1797 § 6, hvor et saadant administrativt overopsyn med retterne er paabudt (jfr. ogsaa frdn. 7 febr. 1738 og res. 6 oktbr. 1821 om eftersyn af retternes protokoller[29]). Dens virkemidler ligeoverfor de dømmende embedsmænd er tilrettevisning og i fornødent fald tiltale (str.l §§ 324 og 325)[30].

§ 3.

CIVILPROCES OG STRAFFEPROCES.

Den begrebsmæssige forskjel mellem civil- og straffeproces beror paa den forskjellige art af de retsforhold, der i begge er processens gjenstand: i den sidste det retsforhold, der ved en strafbar handling begrundes mellem staten og forbryderen, i den første et privat retsforhold (eller et offentligt retsforhold, der ikke er begrundet ved nogen strafbar handling). Til denne begrebsmæssige forskjel, der nærmere er belyst i Forelæsningerne over straffeproces § 1, svarer en forskjel i henseende til de rettergangsformer, der kommer til anvendelse. Afgrænsningen af omraaderne for disse forskjellige rettergangsformer falder imidlertid ikke helt sammen med den begrebsmæssige

[28] Se Aschehoug l. c. p. 316 ff.

[29] Jfr. Ørsted Haandbog III p. 66—8; Lasson l. c. p. 48—9.

[30] Hvorvidt dette sidste ogsaa gjælder ligeoverfor høiesterets medlemmer, har været omtvistet. Se derom G. Hallager i Tidsskr. f. retsv. 1897 p. 203 og den der citerede litteratur.

grænse mellem civil- og straffesager. Før straffeprocesloven af 1887 kom civilprocessens former til anvendelse paa alle private straffesager. Dette er forandret ved den nævnte lovs § 1, hvorefter alle spørgsmaal om straf, som ikke afgjøres uden proces, skal behandles i straffeprocessens former. Civilprocessens regler kommer dog fremdeles efter strpl. § 479, 2det led til anvendelse paa tvangsfuldbyrdelse af bødestraf (uden hensyn forøvrigt til, om sagen er offentlig eller privat).

Paa den anden side har straffeprocesloven af 1887 i §§ 2 til 4 givet straffeprocessen anvendelse paa afgjørelsen af visse spørgsmaal, som i sig selv ikke er af strafferetslig art. Disse tilfælde kan henføres til tre klasser:

a) De at en strafbar handling flydende borgerlige retskrav mod sigtede kan forfølges i forbindelse med straffesagen (§ 2 jfr. kap. 32). Denne ogsaa før straffeprocesloven i vor praxis antagne regel er belyst i Forelæsningerne p. 277 ft. og 772 ff.

b) Naar afgjørelsen af en handlings strafbarhed beror paa, om et vist civilt retsforhold bestod paa den tid, handlingen blev foretagen, undersøges og bedømmes spørgsmaalet herom under straffesagen (§ 4, 1ste led). Heller ikke denne regel, om hvis rækkevidde se Forelæsningerne over straffeproces p. 280—1, er ny i loven af 1887. Dette er derimod tilfældet med

c) Den i strpl. § 2 indeholdte bestemmelse, hvorefter straffeprocessens regler skal komme til anvendelse i de der opregnede sager, hvor et ikke-strafferetsligt krav gjøres gjældende uden al forbindelse med en straffesag. De hidhørende tilfælde er fremstillede i Forelæsningerne over straffeproces p. 97—8.

§ 4.

PRIVATRET OG PROCES[1].

I. Man deler, som bekjendt, retssystemet i to hoveddele: den offentlige og den private ret. Grænserne

[1] Wach Handbuch § 10; Schultze Civilrecht und Prozess; O. Fischer Recht und Rechtschutz.

mellem disse har af forskjellige været trukket paa forskjellig maade. Utvivlsomt synes det dog at være, at man til den offentlige ret bør henføre alle de retsregler, der angaar det offentliges forskjellige funktioner; og isaafald kan det vanskelig bestrides, at processen er en del af den offentlige ret. Ti proces som retshaandhævelse er en statsfunktion.

Naar man har henført civilprocessen til privatretten, har dette dels sin grund deri, at man har fæstet sin opmærksomhed ved, at civilprocessen tjener de private rettigheder. Men selv bortseet fra, at civilprocessen, som i foregaaende paragraf paavist, ogsaa kan angaa offentligretslige forhold, er det urigtigt at bedømme en offentlig funktions karakter efter dens nærmere eller fjernere forhold til private interesser; ogsaa den rene forvaltning tjener i mange tilfælde nærmest de private interesser. Processens øiemed er, som i § 1 paapeget, at haandhæve retsordenen i det hele; og denne retshaandhævelse er lige meget i statens som i den enkeltes interesse, idet den i virkeligheden betinger muligheden af et ordnet samfund.

Noget andet er det, at civilprocessen kan medføre virkninger for de private retsforhold, og at disse virkninger er af privatretslig karakter. Herved forandres ikke selve retshaandhævelsens offentligretslige karakter[1].

Heller ikke maa man lade sig vildlede deraf, at en del af processens regler er af dispositiv karakter ɔ: stiller parterne og dommeren et vist valg mellem forskjellige fremgangsmaader. Ti dette kan ogsaa gjælde paa andre omraader af den offentlige ret.

Som del af den offentlige ret er civilprocessen forskjellig saavel fra statsretten som fra administrativretten. om end ogsaa den processuelle organisme har baade sin statsretslige (domstolenes grundlovmæssige stilling) og sin administrativretslige side (dommernes udnævnelse og den

[1] Ogsaa strafferetten har man hos os villet regne til privatretten af hensyn til den beskyttelse, den yder private rettigheder. Men dette vilde jo aabenbart lede til, at den del af strafferetten, der kun beskytter offentlige rettigheder, blev at udsondre herfra. Jfr. Wach p. 114 jfr. p. 115.

af administrationen udøvede kontrol med dommernes virksomhed).

II. Ihvorvel saaledes civilprocessen som retsbeskyttelsesanordning er af offentligretslig karakter, saa kan dog, som allerede antydet, mange af de procesretslige handlinger og kjendsgjerninger tillige besidde privatretslig virkning. Mellem disse offentligretslige, processuelle og de rent privatretslige elementer er det af praktisk betydning at sondre, idet der for dem gjælder forskjellige principer navnlig med hensyn til retsreglernes herredømme i henseende til tid og sted[3].

I almindelighed kan her siges: Retsbeskyttelsens forudsætninger og indhold, den form, hvori den skal gjøres gjældende og tilfredsstilles (tvangsfuldbyrdelsens form og udstrækning), er procesretslig, medens derimod de tilsvarende grundsætninger for selve det materielle krav — dets forudsætninger, form, indhold, forandring og ophør — er privatretslig[4].

Saaledes er reglerne om, hvorvidt en rettighed kan indtales ved domstolene, og om den kan indtales af den, der i den enkelte sag optræder som sagsøger, eller gjøres gjældende mod den, der er indstevnt, reglerne om sagsanlæggets virkninger paa det retsforhold, der er processens gjenstand (jfr. N. L. 5—5—3 og 6), om den materielle adgang til mod et retskrav at fremsætte indsigelser (f. ex. kompensationsindsigelse, jfr. ogsaa frdn. 9 febr. 1798), de ved tvangsfuldbyrdelsen frembragte nye retsforhold (udlægspant) saavelsom den ved reglerne om undtagelse fra exekution bevirkede indskrænkning i en debitors ansvar af civilretslig art. Derimod er iøvrigt reglerne om tvangsfuldbyrdelsen saavelsom om dommens formelle og materielle retskraft[5] af procesretslig art. Det samme gjælder

[3] Forbudet mod loves tilbagevirkende kraft har ikke samme betydning for processuelle som for privatretslige forhold. For de første gjælder saaledes i almindelighed regelen *lex fori regit actum*, medens for de privatretslige forhold tildels udenlandske retsregler kan komme til anvendelse. Se nedenfor § 13.

[4] Jfr. Wach l. c. p. 118.

[5] Forsaavidt imidlertid dens virkninger er betingede af, at det retsforhold, der er bragt frem for domstolen, er identisk med et tidligere

reglerne om bevis og bevisbyrde[6], om retsmidlerne (appel), ihvorvel disse kan være af stor betydning for realiseringen af den materielle ret[7].

Reglerne om voldgift er civilretslige[8]. Det samme gjælder reglerne om forlig, medens derimod reglerne om forligsmægling som nødvendigt led i en rettergang er processuelle. En processuel karakter har ogsaa de regler, der tillægger en voldgiftskjendelse eller et forlig procesretslig virkning (f. ex. adgang til tvangsfuldbyrdelse).

Forskjellig fra modsætningen mellem privatret og procesret er den sondring, man har opstillet mellem formel og materiel procesret. Til den første har man henført alle de procesregler, der anordner former og frister, tid og sted for de processuelle handlinger, til den sidste de regler, der bestemmer parternes og rettens indbyrdes forhold til hinanden i processen (de af processen udspringende pligters og rettigheders indhold). Denne sondring har kun teoretisk interesse og er ogsaa i saa henseende af tvivlsomt værd, idet den vanskelig lader sig skarpt gjennemføre.

paadømt, vil denne identitet blive at bedømme efter civilretslige regler; jfr. Wach p. 128.

[6] Saaledes den i litteraturen herskende mening om dette omstridte spørgsmaal; se Wetzell System des Civilprozesses § 15; Wach p. 125; Wendt i Arch. f. d. civ. Praxis 63 p 289; Gierke Deutsches Privatrecht I p. 247; Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozessrechts p. 436; Deuntzer Den danske civilproces p. 217. Derimod ansees reglerne om bevisbyrden for materielretslige af v. Bar Theorie u. Praxis des int. Privatrechts II p. 383; jfr. ogsaa Unger Oester Privatrecht II p. 580. Det samme, som om reglerne om bevisbyrden, gjælder ogsaa om afbeviselige lovsformodninger (*præsumtiones juris*), derimod ikke om de uafbeviselige (*pr. juris et de jure*). Se nedenfor § 96, III.

[7] Jfr. iøvrigt nærmere nedenfor §§ 12 og 13.

[8] Jfr. foran p. 6 om, at voldgift ikke er proces. Det er naturligvis i denne henseende uden betydning, at ofte bestemmelser om voldgift finder plads i processuelle love.

ANDET KAPITEL

CIVILPROCESSENS HOVEDGRUNDSÆTNINGER[1]

§ 5.

PROCESRETSFORHOLDET. PROCESLOVGIVNINGENS OPGAVE.

I. I § 2 er paavist, hvorledes processen henter sin karakter af et retsinstitut fra den pligt, som den begrunder for dommeren til at pleie ret. Men denne pligt er atter kun et udtryk for, at der ved processen skabes et retsforhold mellem dommeren og parterne; og da pligten til at afgjøre sagen ikke blot gjælder ligeoverfor den, der oprindelig har paakaldt retten, men lige meget ligeoverfor den sagsøgte, bestaar dette retsforhold ligeoverfor begge parter, hvilke paa sin side ved indtrædelse i processen paadrages visse baand[2].

[1] Jfr. Ivar Afzelius Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål; Nellemann Om mundtlig rettergang i civile sager, en oversigt over grundsætningerne i de vigtigste fremmede proceslove og reformforslag (1874); v. Canstein Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses; v. Bar i Holtzendorffs Rechtsencyclopædie, I under afsnittet Civilprozess, II; F. Klein *Pro futuro* (1891).

[2] Jfr. mere herom og om, hvorvidt disse baand har karakteren af retslige pligter, nedenfor § 67.

Dette retsforhold har man i den nyere procesteori benævnt procesretsforholdet[3].

Dommerens pligt til at afgjøre sagen er imidlertid ikke givet allerede derved, at en part paakalder en saadan afgjørelse. Den er knyttet til visse nærmere betingelser, hentede dels fra de handlinger, hvorved rettens medvirkning paakaldes (f. ex. stevningsreglerne), dels fra sagens gjenstand (saaledes bl. a. om denne overhovedet egner sig til judiciel afgjørelse, om parterne ikke ved voldgiftsaftale har afskaaret sig retsveien, om en af parten foretagen kumulation af sagen er tilstedelig) dels fra domstolen (om den er kompetent) dels fra parterne (parts- og proceshabilitet) dels endelig fra visse udenfor liggende omstændigheder (om sagen ikke allerede er indbragt for en anden ret — *litispendents* — eller før er afgjort af retten — *res judicata*). Disse betingelser for dommerens pligt til at afgjøre sagen og derved for begrundelsen af procesretsforhold i ovenangivne forstand benævnes procesforudsætninger.

Opfyldelsen af den nævnte dommerpligt vil aldrig kunne ske umiddelbart, efterat en sagsøger har paakaldt domstolens medvirkning. Da dommeren skal gjøre ret mellem to parter, er procesforholdet altid nødvendigvis et tresidigt forhold; og der maa gives begge parter, hvis retssfærer afgjørelsen berører, adgang til aktivt at gjøre de af dette forhold udspringende rettigheder gjældende. Først derved betrygges en alsidig og fuldt upartisk opfyldelse af den heromhandlede dommerpligt. Heri er begrundet det saakaldte kontradiktoriske princip, hvorom mere i følgende paragraf.

I almindelighed — særlig hvor sagsøgte benytter sin adgang til aktivt at tage del i processen — vil der forud for dommerens afgjørelse af sagen og eventuelt den tvungne fuldbyrdelse af denne afgjørelse gaa en række handlinger

[3] Dette begreb er opstillet og nærmere begrundet af O. Bülow i en række skrifter: Die Lehre von den Prozeszeinreden u. die Prozeszvoraussetzungen (1868); Archiv f. die civ. Praxis bd. 62 p. 1 ff.; Das Geständnissrecht (1899) p. 84—5; Zeitschr. f. Deutschen Civilprozess bd. 28 p. 224 ff.

foretagne dels af parterne dels af retten (proceshandlinger), der alle sigter til at give dommeren grundlaget for opfyldelsen af hans pligt til at pleie ret, og som derfor alle bindes sammen ved dette fælles øiemed, og saaledes omspændes af procesretsforholdet, der gjennem dem faar sin nærmere udformning og udvikling.

II. Opgaven for enhver proceslovgivning er at give saadanne regler for procesforholdet (nærmere: for procesforudsætningerne og proceshandlingerne) samt for domstolenes organisation, at derved de bedst mulige betingelser skabes for opfyldelsen af dommerens pligt til en retfærdig retspleie, de bedst mulige betingelser for, at retspleien virker saa sikkert, saa hurtigt og med saa faa omkostninger for det offentlige og for parterne som muligt. De hindringer, som især kan stille sig iveien for en saadan, og som det derfor fortrinsvis gjælder at søge overvundne, er dels fra parternes side den exklusive hensyntagen til egeninteressen, for hvilken ofte ethvert middel synes tilstedeligt, dels fra dommerens side magelighed, forsømmelighed, manglende sindsligevægt, forudindtagethed, vilkaarlighed i udøvelsen af den magt, der er lagt i hans hænder, eller dennes anvendelse i interesser, der er procesøiemedet fremmede (politiske interesser, standsinteresser o. lign.). Havde man i alle tilfælde saavel parter som dommere, der kun var besjælede af ønsket om at fremme, hvad der i det enkelte tilfælde var en retfærdig løsning, og tillige udrustede med en saadan evne til at finde de hensigtsmæssigste midler til opnaaelsen af et bestemt formaal, som findes hos gjennemsnittet af oplyste mennesker, vilde staten kunne overlade til parter og dommere frit at forme den processuelle forhandling saaledes, som de i det enkelte tilfælde maatte finde heldigst og formaalstjenligst. Men da der ikke i alle tilfælde kan regnes paa de nævnte betingelsers tilstedeværelse, er det nødvendigt at omgjærde procesforhandlingerne med saadanne regler, som erfaringsmæssig for gjennemsnittet af processerne lover den bedst mulige opnaaelse af formaalet, og som derved tillige er egnede til i størst mulig udstræk-

ning hos befolkningen at fremkalde tillid til statens retshaandhævelse[4].

I denne henseende har naturligvis baade behovene og opfatningerne vexlet til de forskjellige tider. Paa visse punkter har der som frugt af praktisk erfaring og teoretisk forskning fæstnet sig visse grundsætninger, om hvis betydning der ikke længer hersker tvivl (saaledes f. ex. om det i § 6 omhandlede kontradiktoriske princip). Paa andre punkter er der endnu tvivl og meningsforskjel. I det følgende skal kortelig redegjøres for de vigtigste af de principielle spørgsmaal, som her opstaar.

§ 6.

DET KONTRADIKTORISKE PRINCIP.

I. Ved det kontradiktoriske princip forstaaes den grundsætning, at ingen dom maa afsiges, før der har været givet begge parter anledning til at udtale sig om sagen *(audiatur et altera pars)*. I denne grundsætning ligger:

a) Der kan ingen dom afsiges, uden at modparten ved lovlig stevning er indkaldt til møde i retten og er givet anledning til at være tilstede og anføre, hvad han har at gjøre gjældende.

b) Begge parter har krav paa at blive bekjendt med hinandens angrebs- og forsvarsmidler; og dommeren kan ikke lægge til grund for sin afgjørelse nogen anførsel af en part eller noget bevismiddel, som modparten ikke har havt anledning til at faa kundskab om. Derfor har en part krav paa at faa adgang til at gjøre sig bekjendt med de af den anden fremlagte indlæg og bevisdokumenter, at varsles til de af ham foranstaltede vidneførsler og skjønsforretninger o. s. v.

c) Det er imidlertid tilstrækkeligt, at der er givet den

[4] Jfr. med det foregaaende Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozeszrechts p. 2 og 4—5.

anden part anledning til at møde og varetage sit tarv. At parten, naar han er lovlig stevnet, udebliver, hindrer ikke sagens fremme, idet den indstevnte isaafald faar «have skade for hjemgjæld» (N. L. 1—4-32), om sagen gaar ham imod paa grund af mangelfuld varetagelse af hans tarv. Udeblivelsens virkninger er forøvrigt forskjellig ordnet i de forskjellige processystemer, hvorom mere i et senere afsnit[1].

II. Det kontradiktoriske princip indeholder en saa væsentlig betryggelse for sikkerheden af statens retspleie, at ingen af parterne vilkaarlig kan give afkald paa dets anvendelse. Hermed vilde det heller ikke være foreneligt, at en part paa forhaand skulde kunne vedtage tvangsfuldbyrdelse uden nogen forudgaaende kontradiktorisk forhandling. Dette er dog ikke strengt fastholdt af lovgivningen i tilfælde, hvor sagens enkelhed og klarhed forudsættes given. Saaledes antages i vor ret umiddelbar tvangsfuldbyrdelse at kunne finde sted i henhold til pantobligation, i hvilken «lovmaal og dom» er fraskrevet. Et for en forligelseskommission eller ret afsluttet forlig giver umiddelbar adgang til tvangsfuldbyrdelse, og i praxis benyttes dette til aftaler, der i virkeligheden indeholder vidtgaaende afvigelser fra det kontradiktoriske princip, idet det ansees tilstedeligt, at en part paa forhaand (f. ex. i forbindelse med udstedelse af et gjældsbrev) giver en ham ganske uvedkommende person fuldmagt til at modtage varsel for sig og afslutte forlig. I nyere proceslovgivninger søges det behov for en summarisk tvangsfuldbyrdelse, som herigjennem giver sig udtryk, fyldestgjort dels ved den saakaldte betingede betalingsordre[2] dels ved adgang til exekution i henhold til skriftlige vedtagelser, hvis ægthed er notarielt eller retslig bekræftede (saakaldte exekutoriske dokumenter).

[1] Jfr. med det her udviklede Forelæsningerne over straffeprocessen p. 75—6.

[2] Dette er ogsaa optaget i Udk. til r. l. kap. XXXII. Kreditor kan hos retten erholde en betalingsordre, der exekveres, hvis debitor ikke inden en vis frist fremsætter indsigelse derimod.

§ 7.

TVINGENDE OG FRAVIGELIG CIVILPROCESRET. PROCESREGLERNES RELATIVITET[1].

I. Den i § 5 angivne opgave for proceslovgivningen kræver ikke nødvendigvis, at der over hele linjen opstilles bindende, ufravigelige eller absolute regler for rettergangen. Rettergangens øiemed kan i mange tilfælde tjenes bedst ved, at man lader enten dommeren eller parterne have et valg med hensyn til fremgangsmaaden og kun, hvor det overhovedet er fornødent, giver bestemmelser for det tilfælde, at der ikke af vedkommende er truffet nogen anden anordning, paa samme maade som der i privatretten (obligationsretten, arveretten) opstilles regler for tilfælde, hvor parterne ikke selv har bestemt noget afvigende (fravigelige eller dispositive retsregler)[2].

Hvad for det første dommeren angaar, vil naturligvis den magt, man i saa henseende finder at kunne lægge i hans hænder, væsentlig afhænge af den dygtighed og uafhængighed, man kan forudsætte hos ham, og i det hele den tillid, domstolene nyder. De forskjellige faser af processens historiske udvikling udviser i saa henseende overmaade store modsætninger. Yderpunkterne betegnes paa den ene side ved den ældste germanske rets dommere, hvis rolle i det væsentlige indskrænkede sig til at kontrollere iagttagelsen af visse lovbestemte former, og paa den anden side ved den romerske *judex*, der i det væsentlige havde uindskrænket raadighed over anordningen af den for ham førte forhandling[3]. I den nyere europæiske proces betegner navnlig overgangen fra skriftlig til mundtlig proces (jfr. nedenfor § 9) en udvidelse af de dispositive

[1] Se Bülow Dispositives Civilprozessrecht und verbindliche Kraft der Rechtsordnung i Arch. f. d. civ. Praxis bd. 64 p. 1 ff.

[2] Paa privatrettens omraade har man tidligere betegnet denne modsætning ved udtrykkene præceptoriske og deklaratoriske retsregler. Allerede den forøvrigt tidligere ikke tilstrækkelig paaagtede omstændighed, at modsætningen har ganske samme betydning paa procesrettens som paa privatrettens omraade, viser, at disse udtryk ikke er træffende.

[3] Jfr. nedenfor § 14.

reglers omraade. Den skriftlige proces giver kun i ringe grad dommeren adgang til under forhandlingen at erhverve et saadant indblik i dens indhold som fornødent for et friere valg af anordninger med hensyn til den. Her erstattes derfor disse med bindende regler, sigtende til at skabe den fornødne orden, begrænsning og koncentration, medens den mundtlige proces i vid udstrækning giver dommeren myndighed til at anordne rettergangen efter friere hensigtsmæssighedshensyn [4].

En mærkelig udvikling fra stærkt baand til vidtstrakt frihed for dommeren har bevislæren at opvise: Oprindelig ingen adgang for dommeren til vurdering af beviset (formelt bevis), dernæst en af visse bindende regler indskrænket materiel bevisbedømmelse, sluttelig en fri saadan [5].

Hvad parterne angaar, vil muligheden af ogsaa at indrømme disse et vist valg i henseende til rettergangsformerne indsees, naar man betænker følgende: Disse former hviler, nærmere beseet, paa et dobbelt hensyn: a) Hensynet til det offentliges interesse af, at rettergangen indrettes paa en saadan maade, at den er fuldt forenelig med statens værdighed (dommeren maa derfor altid have midler ihænde til at hindre chikaner og andre misbrug, og han maa omgives af en saadan autoritet, at hans dom faar den fornødne ogsaa moralske vægt), med den hensigtsmæssigst mulige arbeidsordning og fordeling af arbeidsstoffet inden retterne og med den lettest mulige udførelse af arbeidet fra dommerens side (beskyttelse mod retternes overbebyrdelse, mod, at stoffet forelægges i en altfor uoverskuelig og besværlig form). b) Hensynet til parternes egen betryggelse, navnlig hensynet til, at den ene ikke skal opholdes i sin retsnydelse af den anden, at i det hele hver af dem paa bedst mulige maade skal sættes istand til at forsvare sig mod den anden.

Det førstnævnte hensyn bevirker, hvad allerede i § 5 er fremhævet, at staten aldrig helt kan overlade parterne at anordne, paa hvilken maade rettergangen skal ske (kon-

[4] Jfr. nedenfor § 9

[5] Jfr. nedenfor § 14.

ventionalproces). Den vei, parterne har at vælge, naar de vil søge en retstvist afgjort i selvbestemte former, er voldgift; men de er da ogsaa underkastede de mere indskrænkede virkninger, som en voldgiftskjendelse medfører. Hermed er det imidlertid ikke uforeneligt, at loven giver parterne en vis frihed hvor ikke offentlige hensyn stiller sig afgjørende i veien derfor.

Det er vistnok saa, at en procesregel sjelden hviler udelukkende paa det ene eller det andet af disse hensyn; ved de fleste gjør begge i forening sig gjældende. Men det sidste af de foran nævnte hensyn vil ofte være saa overveiende, at det ganske opveier det første. Saaledes gjør sig ved værnetingsreglerne vel til nogen grad gjældende, at derved tilveiebringes en vis arbeidsfordeling mellem flere sideordnede retter, men det overveiende hensyn er det, at sagen bør føres der, hvor det er lettest for parterne, særlig for sagsøgte at føre den. Selv ved regler, hvor hensynet til det offentlige er mere fremtrædende, kan lovgiveren finde opfordring til at overlade deres haandhævelse til parterne dels for at lette disses stilling dels for ikke at overbebyrde retterne dels for ikke at fremkalde den retsusikkerhed, der let vil kunne være en følge af, at feil ved rettergangen virker *ipso jure* — i det hele hindre, at rettergangsreglerne bliver snarer, hvori den retsøgende hildes.

Den valgfrihed, som indrømmes parterne, kan enten være ordnet paa den maade, at a) valget kan træffes ensidig af den ene part (saaledes er — for at tage exempler fra vor gjældende procesret — adgangen til at bringe en afgjørelse ind for høiere rets prøvelse fakultativ for hver af parterne, ligeledes adgangen til ved bevilling at faa fremlagt nye beviser i overinstansen) eller b) paa den maade, at valget kun kan udøves af begge parter i forening, i hvilket tilfælde atter forholdet enten α) kan være, at den ene parts valg bliver afgjørende, hvis den anden part ikke fremkommer med indsigelse (dette gjælder saaledes reglerne om stevning og om værneting, ligesom ogsaa eventualmaximen, reglerne om adgangen til at ændre søgsmaalets gjenstand o. fl. a.) eller β) at begge parter paa forhaand maa have meddelt sit samtykke (saaledes binder

begge parters enighed dommeren ved opnævnelse af skjønsmænd og af domsmænd til meddomsretterne, derimod ikke til sø- og handelsretterne; edfæstelse af vidner kan under den angivne forudsætning undlades).

Den nyere proceslovgivning viser ogsaa her en umiskjendelig tendens til at udvide omraadet for de fravigelige rettergangsregler[6].

Det vilde, som det fremgaar af det foran angivne ledende synspunkt for bedømmelsen af disse forholde, være urigtigt, om man vilde opfatte det saaledes, at dommeren eller parterne her havde magt til at sætte sig ud over loven. Ogsaa her er proceshandlingen en lovhjemlet handling; det særegne er kun, at loven bemyndiger dommer eller parter til at træffe en vis anordning. Efter proceslovgivningens karakter kan denne bemyndigelse ikke uden videre præsumeres. Den forstaar sig ikke af sig

[6] Særlig er denne tendens stærkt fremtrædende i det nye norske proceslovudkast, sammenlignet med vor gjældende ret. Saaledes er ikke blot reglerne om retternes stedlige kompetens (værnetingsreglerne i snevrere forstand) fravigelige, men ogsaa reglerne om den saglige kompetens (jfr. Udk. til r. l. I § 1: «Andre sager end de i § 2 nævnte kan indbringes for fylkesretten, naar parterne derom er enige, med undtagelse af sager angaaende ægte afstamning og angaaende ægteskabs bestaaen eller ugyldighed» og § 7: «Sager, som i sin helhed kan indbringes for lagmandsret som anden instans, kan, naar parterne derom er enige, ogsaa indbringes umiddelbart did». Ogsaa med hensyn til domstolens sammensætning indrømmes der parterne et valg (hver af parterne har valget, om han vil, at der skal tilkaldes domsmænd; jfr. c. l. I §§ 10 og 12). Selv paa rettergangens ydre form (mundtlig eller skriftlig) har udkastet givet parterne en vis — rigtignok stærkt begrænset — indflydelse (jfr. l. c. XXIV § 22: «ved ankeforhandlingen kan parterne, naar de derom er enige og anken alene angaar sagsbehandlingen eller retsspørgsmaal, give afkald paa mundtlig forhandling og istedet vexle indlæg — —. Retten kan dog isaafald anordne en mundtlig slutforhandling» — Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozeszrechts p. 102—3 bestrider berettigelsen af den i texten berørte tendens i den nyere procesretsudvikling. Der lader sig imidlertid her saalidt som ellers, hvor afgjørelsen beror paa en afveien af krydsende utilitetshensyn, trække nogen skarp grænse. Schmidts betragtningsmaade synes ikke at være fri for en vis doktrinarisme, der navnlig viser sig i det feilsyn, hvormed han bedømmer den engelske og nye østerrigske procesret, der begge i vid udstrækning har frigjort sig fra de absolute procesreglers tvang og hvis praktiske værd har vist sig meget stort.

selv, men maa være særlig hjemlet. Vor gjældende proceslovgivning udtaler kun i sjeldne tilfælde udtrykkelig en saadan bemyndigelse (jfr. f. ex. N. L. 1—2—17); i flere tilfælde er den dog anerkjendt ved hævdvunden praxis (saaledes f. ex. for eventualmaximens vedkommende) eller den flyder — som f. ex. tilfældet tildels er med stevningsreglerne — af disses natur. Men paa flere punkter hersker der endnu tvivl og meningsforskjel som følge af en miskjendelse af de her angivne hovedsynspunkter for procesreglernes bedømmelse (saaledes f. ex. med hensyn til spørgsmaalet om virkningen af doms retskraft).

II. Alle procesregler har kun et relativt værd. Deres opretholdelse maa, saavidt det kan undgaaes, ikke kjøbes med retstab, retsuvished eller de ved en ny rettergang forvoldte omkostninger og besværligheder, hvor disse under efter omstændighederne maa fremtræde som de væsentligere. Dette synspunkt kan paa forskjellig maade komme til udtryk i proceslovgivningerne:

1) Der opstilles en præklusion for fremsættelsen af indsigelser, byggede paa tilsidesættelse af processuelle forskrifter, der væsentlig er givne i parternes interesse (jfr. principet i strpl. § 323, sidste led: «Indsigelser, som ikke kommer i betragtning, medmindre de paaberaabes af vedkommende part, er forspildte, hvis de ikke fremsættes, saasnart dertil er bleven anledning»).

2) Processuelle feil, der klæber ved en paadømt sag, kan kun gjøres gjældende gjennem de processuelle retsmidler (efter vor gjældende ret kun gjennem appel); og da disses anvendelsesomraade er begrænset, bliver derved nødvendigvis ogsaa feilenes virkning begrænset. Begrænsningen fremkommer dels ved retsmiddelfristerne dels derved, at der ligeoverfor visse afgjørelser ingen retsmidler gives (høiesteretsdomme, afgjørelser af underordnede retter, der ikke angaar *summa appellabilis*).

3) Ved ankeinstansens prøvelse af rettergangsreglernes overholdelse er det muligt at sondre, eftersom deres tilsidesættelse kan antages at have havt betydning for udfaldet eller ikke. Dette synspunkt er dog i vor gjældende

civilproceslovgivning ikke kommen til positivt udtryk [7], se derimod strpl. § 393, hvis princip er fulgt i Udk. til r. l. kap. XXIV § 28 jfr. § 27 [8] (kun visse grovere feil tillægges absolut virkning, andre bedømmes efter deres sandsynlige indflydelse).

4) I denne forbindelse maa ogsaa som sigtende til at begrænse rettergangsfeils virkninger nævnes de bestræbelser, der kommer til udtryk i den nyere proceslovgivning, for itide at faa rettet feil og forhindre, at en rettergang, der lider af en ugyldighedsgrund, skrider frem til trods for, at feilen er opdaget; se saaledes strpl. § 323 [9].

§ 8.

DISPOSITIONS- OG OFFICIALPRINCIP. FORHANDLINGS- OG UNDERSØGELSESPRINCIP. FORMEL OG MATERIEL SANDHED I PROCESSEN [1].

I. I de regelmæssige tilfælde af civil rettergang, hvor spørgsmaalet er om private retsforhold, i hvilke staten

[7] Derimod finder man i praxis spor til det; se f. ex. Retst. 1899 p. 363.

[8] Jfr. ogsaa Udk. til r. l. I § 25, 2det led, Udk. til d. o. §§ 54 og 55.

[9] Det samme princip er kommet til udtryk i en række bestemmelser i de nye norske civilproceslovudkast. Se Udk. til r. l. IX § 8: «Dommeren giver parterne den veiledning, som er fornøden for at rette eller forebygge feil m. h. t. rettergangen.» IX § 9: «Til rettelse af uforsætlige feil kan dommeren i almindelighed bevilge den fornødne udsættelse.» XX § 4: «Finder dommeren under sagsforberedelsen, at sagen af formelle grunde paa embeds vegne maa negtes fremme, gjør han strax opmærksom herpaa.» Udk. t. d. o. II § 56: «Er en sagsbehandling paabegyndt uden domsmænd, hvor saadanne udkræves, eller med for faa eller med domsmænd af et urigtigt udvalg, bliver feilen saavidt muligt at rette ved, at domstolens sammensætning uden ophold forandres og de dele af forhandlingen, for hvis vedkommende det er paakrævet, gjentages.» Denne sidste regel er allerede i en enkelt anvendelse optagen i vor gjældende ret; se l. om handelsretter af 1902 § 6.

[1] Se Schmidt Lehrb. d. d. Civilprozessrechts § 72 og den der citerede litteratur (jfr. § 66); Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1889 p. 289 ff.; Annerstedt Om domarens procesledande verksamhet (1875).

ingen umiddelbar interesse har, er der ingen opfordring for den til at tage noget initiativ med hensyn til retshaandhævelsen. Den stiller denne til parternes forføining (dispositionsprincip); den skrider ikke ind med sin retsbeskyttelse paa embeds vegne (officialprincip).

I dette synspunkt er begrundet en række vigtige regler for dommerens forhold til parterne:

1) Ingen civilproces sættes igang uden efter en sagsøgers initiativ (*«nemo judex sine actore»* — *«ne procedat judex ex officio»*). Modstykket til denne sætning er, at dommerens befatning med sagen ophører, naar parterne begjærer det[2].

2) Ligesom selve processens indledning maa udgaa fra den private part, saaledes er ogsaa parternes initiativ afgjørende for udstrækningen af den retsbeskyttelse, som dommeren er kaldet til at yde dem, og i sammenhæng hermed for omfanget af, hvad han har at inddrage under sin prøvelse (*«ne eat judex ultra petita partium»*)[3]. Dette gjælder saavel for sagsøgerens vedkommende (dommeren kan ikke gaa udenfor hans paastand, f. ex. ikke give fuldbyrdelsesdom, hvor han alene har paastaaet fastsættelse, ikke tilkjende ham mere eller andet end han har paastaaet) som for sagsøgte (dommeren kan ikke fremdrage frifindelsesgrunde, som han ikke selv har gjort gjældende). Som følge af den raadighed, parterne saaledes har til under processen at forme det retsforhold, der er dennes gjenstand, vil den kunne blive kilde dels til rettighedsopgivelser dels til stiftelse af nye forpligtelser gjennem processuelle indrømmelser[4].

Hvor civilprocessens gjenstand undtagelsesvis er offent-

[2] At i saa henseende ikke den ene parts ensidige begjæring er tilstrækkelig, er en regel, der i denne sammenhæng ikke vedkommer os.

[3] Jfr. Udk. til r. l. IX § 1: «Domstolene har alene befatning med sager, der indbringes for dem; og de kan ikke ved disses afgjørelse gaa udenfor de fremsatte paastande, med mindre der handles om forholde, der ikke er parternes raadighed undergivne.»

[4] En hindring herfor vil foruden parternes manglende raadighed over forholdet (processer om de saakaldte uafhændelige retsgoder) kunne ligge i, at lovgivningen stiller visse krav til stiftelse af enkelte arter forpligtelser (iagttagelse af visse former, fordring til en materiel *causa* for gyldigheden af obligatoriske forpligtelser.) Jfr. Friedmann i Grünhuts Zeitschrift bd. 17 p. 98 note 71).

ligretslige forhold eller private retsforhold, hvorover parterne ikke har fuld raadighed (navnlig ægteskabssager), egner dispositionsprincipet sig ikke til at gjennemføres rent. Her vil i større eller mindre udstrækning officialprincipet komme til anvendelse, vistnok ikke i den form, at dommeren selv uden noget initiativ fra andre sætter sagen igang, men dels i den form, at dette initiativ gjøres andre offentlige organer til pligt[5], dels i den form, at dommeren ikke ubetinget er bunden ved parternes procedyre[6].

II. Forskjelligt fra, men ofte baade i videnskab og lovgivning sammenblandet med det under I behandlede spørgsmaal om, i hvilken udstrækning omraadet for dommerens prøvelse begrænses ved parternes forføininger, er spørgsmaalet om, hvor langt dommerens selvstændige initiativ strækker sig i henseende til indsamling af det materiale, der udgjør grundlaget for hans prøvelse af de spørgsmaal, parterne har forelagt ham.

I denne henseende er følgende forskjellige standpunkter mulige og i og for sig forenelige med civilprocessens væsen:

1) Naar parterne har angivet for dommeren arten og udstrækningen af den konkrete retsbeskyttelse, som de begjærer, er det dommerens sag selvstændig at undersøge, om de faktiske og retslige betingelser for denne retsbeskyttelse er tilstede. Det er efter dette princip, som man har benævnt undersøgelsesprincipet[7], dommeren, der i første række har ansvaret for sagens fuldstændige oplysning[8], selv om naturlig i vid udstrækning parterne yder sin medvirkning hertil.

[5] Saaledes vil de administrative autoriteter have pligt til at anlægge sager, hvori det offentlige har en umiddelbar interesse. For ægteskabssager opstiller Udk. til r. l. kap. XXVIII § 1 følgende i vor gjældende ret ukjendte regel: «Sag angaaende ægteskabs ugyldighed formedelst grunde, som virker uafhængig af parternes vilje, eller angaaende ægteskabs bestaaen kan reises af den offentlige paatalemyndighed».

[6] Efter vor gjældende ret kommer dette synspunkt væsentlig til anvendelse i ægteskabssager; jfr. Anden del § 172. Jfr. Udk. til r. l. kap. XXVIII, XXIX og XXX.

[7] Jfr. hos os frdn. 9 marts 1799, der anvender udtrykket «den inkvisitoriske proces» paa en ordning som den her beskrevne.

[8] Jfr. Schmidt Lehrbuch p. 340—1.

2) Modsætningen hertil er det rene forhandlingsprincip, hvorefter alene parterne har ansvaret for det hele processtofs tilveiebringelse og dommeren staar udenfor enhver medvirkning hertil[9].

3) Begge disse principer kan forenes saaledes, at baade parterne og retten har at medvirke til sagens oplysning, hvorved atter forholdet dels kan være det, at ansvaret i denne henseende ligelig paalægges begge de nævnte faktorer, dels det, at den enes (regelmæssig parternes) virksomhed er den principale, den andens (rettens) subsidiær, dels endelig det, at rettens virksomhed begrænses til visse dele af processtoffet.

I nyere tid har navnlig den preussiske rettergangsordning af 1793 mest formaalsbevidst søgt at gjennemføre det rene undersøgelsesprincip. I det væsentlige laa dette ogsaa til grund for lovbogens proces, ligesom det endnu hos os behersker enkelte arter af den extraordinære civilproces (den private politiproces efter frdn. 9 marts 1795 og umyndiggjørelsesprocessen efter l. 28 novbr. 1898). Det rene forhandlingsprincip behersker derimod for tiden vor ordinære civilproces.

Begge principer er ensidige. Det rene undersøgelsesprincip hviler paa en overseen af, at parterne regelmæssig vil være de, som bedst har anledning til at bedømme, hvad deres tarv kræver, og hvorledes de fornødne oplysninger skal skaffes tilveie, og at derfor sagen vil være bedst tjent med, at deres energi og iver i saa henseende ikke slappes ved, at hele dens oplysning lægges i dommerens haand. Ved siden heraf kommer ogsaa i betragtning, at dommerens uhildethed er udsat for at lide, naar eneansvaret for processtoffets tilveiebringelse paalægges ham, hvilket let vil kunne lede til, at han søger at opgjøre sig en forhaandsmening om domsudslaget.

Det rene forhandlingsprincip hviler paa en miskjendelse af, at staten, om den end ikke er interesseret i, hvorvidt

[9] Formuleringen af disse principer skyldes den tysk-romanistiske doktrin, se navnlig Gönner Handb. des gemeinen Prozesses (1804) bd. 1 p. VIII og 175 ff., fra hvem benævnelserne hidrører, men som ikke holder forhandlings- og dispositionsprincipet skarpt ud fra hinanden.

en privat person overhovedet vil gjøre sin ret gjældende, har den interesse af, at den, der vil have retsbeskyttelse, faar den i saa vid udstrækning, som han behøver — at overhovedet statens retshaandhævelse bliver saa fuldkommen som mulig. Retspleien er en statsfunktion; og det kan derfor ikke være staten ligegyldigt, hvorledes den virker — om den er indrettet saaledes, at den fremmer ret og sandhed, eller om den ligemeget tjener det modsatte. Det sees heraf, at forhandlingsprincipet ikke, som det ofte fremstilles, er nogen nødvendig konsekvents af dispositionsprincipet. Endnu mindre er det et selvgyldigt krav, der maa opfyldes for sin egen skyld. Det er kun middel, ikke formaal, og det har kun gyldighed saalangt, som det kan anerkjendes for eneligt med den bedst mulige løsning af retspleiens opgave. Kan denne løses bedre ved, at man begrænser forhandlingsmaximens anvendelse, er der ingen grund til at fastholde den strengt og ubøieligt. Hvor vidt man skal gaa i denne begrænsning, er et praktisk hensigtsmæssighedsspørgsmaal, der er forskjellig besvaret af de forskjellige lovgivninger.

I almindelighed vil der her kunne være grund til at sondre mellem selve de kjendsgjerninger, der er af betydning for sagens afgjørelse, og beviset for disse. Det vil ikke være naturligt at lade dommeren paa en maade procedere for parterne ved paa egen haand at fremdrage kjendsgjerninger, der kan tjene som angrebs- eller forsvarsmidler[10]. Heller ikke er der nogen grund til at forpligte dommeren til at kræve bevis for kjendsgjerninger, som ingen af parterne bestrider[11].

Hvad beviset for kjendsgjerningerne angaar, vil der være mindst meningsforskjel om, at dommeren bør kunne

[10] Jfr. Udk. til r. l. IX § 2: «Det afhænger af parterne at gjøre gjældende de faktiske forholde, som er af betydning for sagens afgjørelse, og beviserne for disse.» Se imidlertid om beviserne note 12 og 13.

[11] Saaledes ogsaa Udk. til r. l. kap. XIII § 2: «Forsaavidt parterne er enige om sagsforholdet eller dette betragtes som uomtvistet, bliver parternes fremstilling af samme at lægge til grund for rettens afgjørelse, med mindre den strider mod vitterlige eller fuldt beviste kjendsgjerninger».

virke til, at det af parterne tilveiebragte materiale kommer til at foreligge i en saa udredet skikkelse og bliver saa alsidig belyst som muligt, og i dette øiemed bør kunne rette selvstændige spørgsmaal til vidner og parter[12], ved at udnytte sider af det foreliggende bevismateriale, som parterne har ladet ubenyttet, eller henlede deres opmærksomhed paa mangler ved deres oplysning af sagen.

Enkelte nyere proceslove (saaledes i det væsentlige den tyske af 1877) bliver staaende herved. Andre gaar derimod videre og i tilslutning til disse har ogsaa det norske udkast til ny rettergangslov tillagt dommeren en vis adgang til af egen drift at beslutte bevisførsel, hvor han finder saadan paakrævet[13]. Denne adgang er regelmæssig subsidiær, idet udkastet ogsaa for beviserne opstiller som hovedprincip, at bevisførselen udgaar fra parterne[14]. Vidneførsel og benyttelse af skriftlige beviser kan ikke besluttes, naar begge parter erklærer sig derimod[15]. Derimod kan syn og granskning[16] foranstaltes og sagkyndige udtalelser indhentes uden hensyn til parternes ønske.

Ligesom dommeren bør have en vis adgang til at supplere det af parterne tilveiebragte bevismateriale, saaledes bør han ogsaa kunne begrænse dette. Det er ikke naturligt og stemmende med hensynet til retspleiens værdighed, enkelhed og hurtighed, at dommeren — som efter vor gjældende ret — passivt skal maatte se paa, at parterne tilveiebringer beviser for retslig ganske betydningsløse kjendsgjerninger eller belemrer forhandlingen

[12] Udk. til r. l. giver retten i vid udstrækning adgang til at indkalde disse til personligt møde; se kap. XII især § 10 jfr. XX §§ 6, 7, 10, 3dje led, XXII § 6. Se ogsaa kap. XXII § 5: «Rettens formand bør ved spørgsmaal eller paa anden hensigtsmæssig maade virke hen til, at parternes anførsler i enhver henseende bliver klare og fuldstændige — — —».

[13] Se Udk. til r. l. XIII § 6, jfr. IX § 2 og XXII § 14, hvorefter sagen kan endog gjenoptages, naar retten finder en oplysning nødvendig.

[14] Jfr. kap. IX § 2 (se note 10.)

[15] Kap. XIII § 6, 2det p.

[16] Se kap. XVI § 1.

med ganske værdiløse beviser eller et unødigt stort antal saadanne[17].

Forhandlingsmaximen har kun anvendelse paa processens faktiske stof. I henseende til retssætningen maa dommeren altid være fri for ethvert af parternes procedyre skabt baand.

Forhandlingsmaximen kan, selv om den forøvrigt lægges til grund for rettergangen, ikke strengt gjennemføres i sager, hvor der handles om en offentlig interesse. En mulighed er der vistnok for dens gjennemførelse ogsaa her, hvis man — som i offentlige straffesager — havde et særskilt offentligt organ til varetagelse af de offentlige interesser. I sager, hvor det offentlige selv er part, vil man have et saadant organ i det embedsværk, der optræder paa statens vegne. Men hvor der i en sag, der føres mellem private, opstaar spørgsmaal om offentlige interesser (ægteskabssager, status- og familiesager), der mangler hos os et saadant organ[18]. I saadanne sager maa dommeren

[17] Til at modarbeide dette sigter bestemmelsen i Udk. til r. l. kap. XIII § 5: «De tilbudte beviser bliver, forsaavidt intet andet er bestemt af retten, at tilstede og de dertil nødvendige foranstaltninger at træffe, med mindre de aabenbart ingen beviskraft besidder eller retten efter omstændighederne finder, at beviset kan og bør føres paa en anden maade, eller de tilbudte beviser ikke angaar noget omtvistet spørgsmaal eller de angaar forholde, der som vitterlige eller fuldt beviste intet bevis behøver eller bevisoptagelsen uforholdsmæssig vilde opholde sagen og parten enten forsætlig eller ved grov uagtsomhed har undladt tidligere at fremme den. Findes tilveiebringelsen af et bevis at ville volde et ophold, der ikke staar i forhold til bevisets antagelige betydning, kan retten negte af den grund at lade sagen udstaa, ogsaa hvor parten ingen skyld har i, at beviset ikke er tilveiebragt eller kunde tilveiebringes tidligere. Ligeledes kan retten negte tilstedelsen af et unødigt stort antal beviser for samme kjendsgjerning, navnlig af en række vidner angaaende det samme emne». — Endnu videre gaar den franske procesret, efter hvilken dommeren i kraft af sin saakaldte suverænitetsret kan afskjære bevis om kjendsgjerninger, der forekommer ham ikke at være «alvorlig mente» eller at mangle «indre sandsynlighed».

[18] Anderledes i Frankrige, hvor de offentlige interesser varetages af *le ministère public* (jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 44). Se ogsaa Udk. til r. l. kap. XXVIII § 2, hvorefter paatalemyndigheden i alle sager angaaende ægteskabs bestaaen, ugyldighed eller ophævelse er berettiget til at optræde til varetagelse af de offentlige interesser og til dette endemaal af retten skal gives meddelelse om sagen.

i videre udstrækning end i andre kunne gribe selvstændigt ind og endog gjøre angrebs- og forsvarsmidler gjældende uafhængigt af parterne.

Noget lignende kan gjælde, hvor parten er en person, der ikke selv kan varetage sit tarv, og hvis forsorg paaligger det offentlige (umyndige, offentlige stiftelser). I vor gjældende procesret er der dog taget lidet hensyn hertil[19].

Et moment af stor betydning for dommerens forhold til processtoffet er, som det vil fremgaa af den følgende paragraf, processens skriftlige eller mundtlige form. Under et skriftligt procossystem har dommeren — som før bemærket — ikke under sagens drift et saadant kjendskab til den, som vilde udkræves til en mere effektiv indgriben i stoffets tilveiebringelse og ordning. Skriftlighedens udvikling har baade i vor ret og i de kontinentale landes processystemer bidraget væsentlig til at sætte dommerens passivitet i system. Ved siden deraf har ogsaa udviklingen af professionelle sagføreres medvirkning ved processen været af stor betydning. Hvor parterne selv fører sagen, vil en videregaaende indgriben fra dommerens side være baade naturlig og paakrævet, medens en fremtrædende virksomhed af dygtige sagførere let vil trænge dommeren over i en passiv stilling. Lærerig er i saa henseende vor egen rets udvikling, sammenlignet med den svenske. I begge lande har udgangspunktet været det samme, men i Sverige, hvor endnu den dag i dag en egentlig sagførerstand er saa godt som ukjendt og parterne som regel fører sine sager selv, har dommeren endnu en stærk procesledelse. Hos os er derimod denne kun bleven staaende tilbage paa de omraader, hvor sagførere ikke deltager i processen (jfr. frdn. 3 juni 1790 § 13 i. f., hvorefter dommeren, naar parten er «en enfoldig almuesmand», der selv fører sin sag, skal hjælpe ham tilrette og selv redelig bidrage til sagens oplysning»)[20]. Sagførerstanden har altid vist sig at mangle forstaaelse for betyd-

[19] Anderledes i Frankrige, hvor *le ministère public* griber ind ogsaa i saadanne sager.

[20] Jfr. ogsaa det før bemærkede om den private politiproces, hvor sagførere ikke tilstedes at optræde.

ningen af en stærk procesledelse fra dommerens side, hvilken den betragter med mistanke som et indgreb i sine særlige standsrettigheder. Det har derfor i nutiden særlig været denne stand, som har hævdet det strenge forhandlingsprincip som et uantasteligt dogme. Paa den anden side har ofte dommerstanden ligget under for den større bekvemmelighed og fritagelse for ansvar, som dette princips gjennemførelse medfører.

III. Til belysning af forhandlingsprincipet hører endnu at fremhæve dets forhold til en række processuelle regler, der ofte sammenblandes med det:

1) Forskjellig fra forhandlingsmaxime er forhandlingsform. Medens det første betegner et princip for dommerens og parternes ansvar med hensyn til sagens oplysning, betegner udtrykket forhandlingsform væsentlig kun det samme som det kontradiktoriske princip, det, at afgjørelsen træffes paa grundlag af en forhandling, hvorunder begge parter har lige adgang til at komme til orde. Ogsaa under et processystem, der væsentlig lægger omsorgen for processtoffets tilveiebringelse i dommerens haand, vil det kunne have sin betydning, at det underkastes belysning ved en kontradiktorisk forhandling mellem parterne. Dette hensyn bevirker saaledes, at det ikke ansees tilstedeligt, at dommeren ved sagens afgjørelse benytter sin private, udenfor det i retten forhandlede liggende kundskab om sagforholdet. Men paa den anden side kan det siges, at forhandlingsformen først faar sin fulde virksomhed, naar partsforhandlingen hviler paa bevidstheden om, at parterne ogsaa har selvstændigt ansvar for sagens udredning[21]. Dette hensyn har saaledes ledet til forhandlingsprincipets delvise gjennemførelse ogsaa i den nyere straffeproces[22].

2) I enhver rettergang maa dommeren have procesledelsen i sin haand. Denne kan have en forskjellig udstrækning. Den omfatter i alle tilfælde haandhævelsen af de rettergangsregler, der er givne i det offentliges interesse (dommeren paaser i henhold hertil, at sagen er

[21] Jfr. Schmidt l. c. p. 343.

[22] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 19—20.

anlagt for rette domstol, at intet absolut utilstedeligt bevismiddel benyttes o. s. v.), afgjørelsen af de under rettergangen mellem parterne opstaaende tvistepunkter med hensyn til procesførelsen (spørgsmaal om udsættelser, om benyttelse af beviser, mod hvilke indsigelse er gjort, f. ex. et vidnes afhørelse), anordning af det fornødne til processens fremme (dommeren berammer retsmøder, giver parterne og i det hele de under sagen optrædende ordet eller fratager dem det, modtager vidners forklaringer og besørger protokollation o. s. v.)

Hertil indskrænker sig efter vor gjældende ret dommerens procesledelse. De fleste nyere proceslove gaar imidlertid videre. Som det vil fremgaa af følgende paragraf, stiller den mundtlige rettergang særlige krav til en stærk koncentration af processtoffet og til at dette forelægges dommeren saa oversigtligt som muligt. I dette øiemed gives der dommeren en vidtgaaende myndighed til at adskille spørgsmaal, som parterne har indbragt samlede, eller sammenfatte under en fælles forhandling, hvad parterne har splittet[23], at opsætte et spørgsmaals behandling, indtil et andet er afgjort[24], og afskjære videre forhandling om et spørgsmaal, der forekommer ham udprocederet[25]; ja efter fransk procesret, der ogsaa i denne henseende tillægger dommeren fuld «suverænitet», kan han endog afskjære forhandlingen eller udelukke fra denne procesmateriale blot af den grund, at processen derved i uforholdsmæssig grad vilde forhales eller vidløftiggjøres[26].

Denne proceskorrektion er uafhængig af, hvad man antager om dommerens forhold til processtoffets tilveiebringelse. Vil man indbefatte ogsaa denne virksomhed under betegnelsen procesledelse, vil det anbefale sig at betegne den sidste som materiel, dommerens øvrige procesledelse som formel.

[23] Jfr. strpl. § 315; Udk. til r. l. IX § 10.

[24] Jfr. Udk. d. o. § 241.

[25] Jfr. Udk. til r. l. XXII § 10.

[26] Udk. til r. l. XXII § 9 gaar ikke videre end til at give retten adgang til at afskjære anførsler, bevistilbud og begjæringer, hvis fremsættelse aabenbart er forsinket i hensigt at forhale sagen.

3) Forskjellig fra spørgsmaalet om dommerens virksomhed med hensyn til sagens oplysning er endvidere spørgsmaalet om hans forhold til det, man kalder processens drift: de forkyndelser, meddelelser, indkaldelser af parter og vidner, hvorved processen sættes igang. Hvorvidt denne skal lægges i dommerens eller parternes haand, er et hensigtsmæssighedsspørgsmaal af mere teknisk art, der i de forskjellige lovgivninger — uafhængigt af det standpunkt, de indtager til forhandlingsprincipet — er forskjellig besvaret. Vor gjældende procesret lægger sagens drift helt og holdent i parternes haand, udkastet til ny rettergangslov væsentlig i dommerens.

IV. Den opfatning, der er kommen til udtryk i den formalistiske maade, hvorpaa forhandlingsprincipet er blevet gjennemført i de skriftlige processystemer, og som ogsaa har behersket vor procesret, er, som foran antydet, den, at staten i sager, der angaar private retsforhold, som kun interesserer de private, ikke har nogen opfordring til at forhjælpe sandheden til sin ret, naar ikke de nærmest interesserede kan eller vil det; dommen er derfor intet udtryk for den materielle sandhed, men kun for, hvad man har kaldt en formel sandhed, nemlig for, hvad retten efter de processuelle regler maa antage for sandt paa grundlag af parternes procedyre.

Det urigtige i denne opfatning er allerede paavist i det foregaaende. Det er saa langt fra stemmende med civilprocessens væsen, at dommeren skal se bort fra den materielle sandhed, at tvertom det modsatte er tilfældet. Noget andet er det, at de krydsende hensyn, som her gjør sig gjældende i henseende til de bedste betingelser for en retfærdig retspleie, kan bevirke, at lovgivningen bliver nødt til at opstille regler, der for gjennemsnittet af tilfælde antages at frembringe det heldigste resultat, selv om disse i enkelte tilfælde kan virke mod øiemedet. Saaledes indeholder forbudet mod, at dommeren benytter sin private viden, ligesom ogsaa regelen om, at han ikke skal forske efter bevis for uomstridte kjendsgjerninger, for de regelmæssige tilfælde vigtige garantier mod misforstaaelser og hildethed i afgjørelsen. Men de kan i sit resultat lede til,

at dommeren maa antage som sandt, hvad han ved er usandt. Ogsaa her opstiller dog nyere lovgivning en begrænsning, der viser, at det ikke er de nævnte reglers hensigt at give parterne hals og haand over sandheden. Forsaavidt det, parterne er enige om, strider mod vitterlige eller fuldt beviste kjendsgjerninger, har retten ikke at lægge det til grund for sin dom[27].

Den opfatning, at den materielle sandhed ikke er retspleien ligegyldig, er i vor nyere lovgivning kommen til et skarpt udtryk i den nye almindelige straffelovs § 166, der sætter straf for den, der afgiver falsk forklaring, parter eller retsfuldmægtige.

Denne bestemmelse vil imidlertid kun være af utilstrækkelig effektivitet, saalænge retten væsentlig har med retsfuldmægtige at gjøre, hvis kjendskab alene er andenhaands, og saa længe parterne selv ansvarsfrit kan fordunkle sandheden ved at give sine retsfuldmægtige mangelfulde eller fordreiede oplysninger. Derfor har man mere og mere erkjendt, at det virksomste middel til at forhjælpe sandheden til sin ret i processen er at lade parterne direkte afgive forklaringer for dommeren.

§ 9.

SKRIFTLIG OG MUNDTLIG PROCES. MIDDELBARHED OG UMIDDELBARHED I RETTERGANGEN[1].

I. En rettergang, i hvilken dommeren ved sin afgjørelse alene tør tage i betragtning, hvad der foreligger for ham i skriftlig form *(quod non est in actis, non est in mundo)*, benævnes s k r i f t l i g. Er ordningen tillige den, at han ingen personlig berøring har havt eller behøver at

[27] Jfr. den foran note 11 citerede bestemmelse i Udk. til r. l. XIII § 2.

[1] Se Forelæsningerne over straffeproces § 9 og den der i note 1 citerede litteratur, hvortil kan føies: H a g e r u p i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 269 ff.; jfr. ogsaa s a m m e i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 357 ff. (især p. 413 ff.); G e t z Udredninger etc. p. 4 ff.; S c h m i d t Lehrb. § 74 og det der citerede.

have havt med de procederende eller med de personer, der har afgivet bevisforklaringer (vidner, sagkyndige), bliver rettergangen tillige middelbar. Det sidste er ikke nødvendig forbundet med en skriftlig proces. Tænkelig er i og for sig en ordning, hvorefter vel domsgrundlaget altid maa foreligge i skriftlig form, men hvor der ved siden deraf stilles den fordring, at dommeren skal lade begge parter møde for sig for at faa anledning til en umiddelbar forhandling om det foreliggende procesmateriale[2].

Mundtlig kaldes rettergangen, naar dommeren ikke kan bygge sin afgjørelse paa noget, der ikke mundtlig er forhandlet for retten. Den mundtlige rettergang er altid tillige nødvendigvis umiddelbar, forsaavidt partsforhandlingen angaar. Derimod er der ingen nødvendig sammenhæng mellem mundtlig partsforhandling og bevisumiddelbarhed (nedenfor under V).

Baade den skriftlige og mundtlige rettergangsform medfører sine eiendommelige fortrin og mangler. Den mundtlige forhandlings fortrin bestaar deri, at den giver retten et mere levende og anskueligt indtryk af sagen, ligesom den betinger et friere forhold mellem retten og parterne, hvorved det bliver muligt for retten under selve forhandlingen at faa berigtiget misforstaaelser og opklaret dunkelheder. Det sidste moment er af fortrinlig betydning. Det er vistnok ikke udelukket, at det kan opnaaes ogsaa under en skriftlig proces, men det vil vanskeligt der kunne gjøre sig gjældende paa samme maade, idet den mundtlige forhandling langt naturligere fremkalder en saadan opklarende udredning af sagsforholdet. Naar en rettergangsordning, der iøvrigt bygger paa mundtlighed, som høiesteretsloven af 12 sept. 1818 § 14 i. f., udtrykkelig netop afskjærer denne frie forhandling mellem parterne og retten, lukker den døren netop for det væsentligste fortrin ved den mundtlige proces, som bestaar i, at parterne og retten før den endelige afgjørelse har havt ad-

[2] Af enkelte anbefales denne form som den hensigtsmæssigste; se O. Bähr i Iherings Jahrbücher XXIII p. 339 ff.

gang til at gjennemgaa og drøfte med hverandre sagens forskjellige sider.

Fortrinet ved den skriftlige proces bestaar deri, at den skaber et fastere og varigere grundlag for dommerens afgjørelse, idet under denne rettergangsform ikke saa meget beror paa hans hukommelse og evne til hurtig at opfatte sagens sammenhæng Det er klart, at den mundtlige forhandling i denne henseende stiller ganske andre fordringer.

Til en vis grad er det imidlertid muligt ogsaa med en mundtlig proces at forene fordelene ved skriftligheden. Selv om man nemlig ikke tilsteder, at det, der kun foreligger i skriftlig form, tjener som domsgrundlag, er det ikke udelukket endog i temmelig vid udstrækning at benytte skrift som hjælpemiddel til at vinde oversigt over og fastholde den mundtlige forhandlings væsentlige stof. I denne henseende kommer navnlig i betragtning:

a) Nedtegnelse af det forhandlede. Selvfølgelig bør dommeren altid til støtte for sin hukommelse gjøre private notater. Dette er dog ikke i almindelighed i proceslovene opstillet som en ligefrem pligt; men nødvendigheden vil indirekte følge af den i de fleste nyere love indeholdte forskrift om, at dommen skal give en fremstilling af sagsforholdet, saaledes som det fremgaar af parternes forhandling[3]. Ved siden heraf maa der imidlertid gjøres brug af en mere officiel nedtegnelse af de vigtigere dele af det forhandlede i retsbogen (protokollation). I hvilken udstrækning en saadan skal paabydes, er et spørgsmaal, som de forskjellige love besvarer forskjellig. Vanskeligheden ligger her deri, at en mere indgaaende protokollation i høi grad belemrer den mundtlige forhandling og berøver den dens liv, ligesom den volder en forhaling, der ofte kan medføre nødvendigheden af, at forhandlingen kommer til at strække sig over flere retsmøder, hvilket under mundtlig rettergang er særlig uheldigt (jfr. nedenfor)[4].

[3] Jfr. Udk. til l. om d. o. kap. XII § 10, 3.

[4] Af partsforhandlingen (protokollationen af bevisførselen vil nedenfor blive særlig omhandlet) skal efter Udk. til l. om d. o. kap. XI

b) Forberedelse af domsforhandlingen enten gjennem en forberedende skriftvexel mellem parterne eller ved en foreløbig forhandling mellem disse, hvis resultater fastslaaes ved protokollarisk nedtegning.

Denne sagsforberedelse, der i den mundtlige civilproces spiller en lignende rolle som forundersøgelsen i den mundtlige straffeproces, udfylder et flerdobbelt praktisk behov. Den tjener til forud for selve den afgjørende hovedforhandling at faa bragt paa det rene mellem parterne, hvad der tvistes om (hvad der fra den ene side paastaaes, og hvor meget heraf fra den anden side bestrides eller erkjendes); og den skaber derved betingelserne for, at hovedforhandlingen kan faa den for den mundtlige rettergang fornødne koncentration. Samtidig med, at den sætter parterne gjensidig i kundskab om deres angrebs- og forsvarsmidler, aabner den ogsaa dommeren adgang til paa forhaand at erhverve sig et kjendskab til sagsforholdet, der gjør det lettere for ham at lede den mundtlige forhandling, under denne at fæste opmærksomheden ved sagens hovedpunkter og skille mellem væsentligt og uvæsentligt.

I mange tilfælde vil disse formaal enklest og bedst kunne opnaaes ved, at parterne personlig møder for dommeren og forklarer sagen for ham, hvorved han tillige faar adgang til ved spørgsmaal til dem at bringe strids-

§ 2 kun protokolleres: 1) parternes paastande og erklæringer, som indeholder forandring i sagens gjenstand, en udtrykkelig anerkjendelse af modpartens paastand eller nogen del af denne, 2) under forhandlingen fremsatte paastande og indsigelser med hensyn til processen, der ikke af retten paa stedet tages tilfølge eller af fremsætteren selv tages tilbage, og som enten er af betydning for afgjørelsen eller forlanges protokolleret, 3) de af parterne for bestridte anførsler tilbudte eller førte bevis. Forøvrigt indeholder udkastet om protokollationen tilsvarende forskrifter til strpl. § 124. Videre maa imidlertid mærkes, at efter Udk til r. l. kap. XXII § 16 skal retsformanden ved slutningen af hver sag eller selvstændig del af en sag lade indtage i forhandlingsprotokollen en kortfattet fremstilling, indeholdende det væsentligste af parternes anførsler og af bevisførselen. — Se forøvrigt om de forskjellige fordringer, som de forskjellige nyere love stiller til protokollationen, Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 275 ff.

punkterne paa det rene. Men dels lader dette sig ikke altid iværksætte, særlig hvor parterne ikke bor nær ved retsstedet, dels kan sagen være for vidløftig til at kunne hensigtsmæssig forberedes paa denne maade, dels vil ofte ogsaa dens foreløbige udredning tiltrænge retskyndig bistand. I saadanne tilfælde maa sagsforberedelsen ske enten ved en særegen forberedende rettergang eller ved en skriftvexel mellem parterne. Det sidste er det almindeligst anvendte system, medens en særlig forberedende rettergang væsentlig er begrænset til vidløftige regnskabssager.

Den forberedende skriftvexel frembyder den ulempe, at den lettelig vil kunne antage et uforholdsmæssigt omfang og derved forhale og fordyre rettergangen, ligesom man flere steder (f. ex. mangesteds i Tyskland) har seet, at den har sat selve mundtligheden i fare ved baade af parterne og af retten at blive til den væsentligste bestanddel af rettergangen, ved siden af hvilken den mundtlige forhandling er sunket ned til et underordnet og lidet paaagtet procesled.

Et vanskeligt legislativt problem, der knytter sig til sagsforberedelsen i den mundtlige proces, er spørgsmaalet om, hvorvidt derved rammen for den senere forhandling skal ansees optrukken paa en saadan maade, at angrebs- og forsvarsmidler, som ikke der er gjort gjældende, skal være afskaarne. I almindelighed er i de nyere love en saadan regel kun opstillet for forholdet mellem den særlige forberedende rettergang og den mundtlige hovedforhandling, medens man ellers har søgt at modvirke de uheldige følger, som kan være forbunden med den mundtlige forhandlings afvigelse fra sagsforberedelsen, dels ved en mere eller mindre udstrakt adgang for dommeren til at tilbagevise nyt processtof, som kastes ind først under domsforhandlingen, dels ved at knytte visse ulemper for vedkommende part til de ved det nye processtof foranledigede udsættelser (omkostningsansvar, extragebyrer)[5].

[5] Udk. til r. l. bestemmer i kap. XX § 18: «Sagsforberedelsen har til maal saavidt mulig at skabe betingelserne for, at domsforhandlingen kan tilveiebringes i ét møde». Antager dommeren dette muligt uden nogen særlig sagsforberedelse, kan han i mindre sager strax beramme

II. Vigtig for den mundtlige forhandling er det, at processtoffet forelægges retten i en hensigtsmæssig form. Den mundtlige proces passer bedst for et enkelt, let overskueligt processtof. Derfor indrømmer, som i det foregaaende antydet, de fleste processystemer, der er byggede paa dette princip, dommeren en vidtstrakt adgang til *ex officio* at forenkle processen ved at tilbagevise parternes paastande, naar det vilde medføre uforholdsmæssig forhaling at drøfte dem, og navnlig ved at undergive sagen en stykkevis paadømmelse, saaledes at enten flere under ét paatalte krav afgjøres, efterhvert som de modnes til paadømmelse, eller at de enkelte angrebs- eller forsvarsmidler særskilt forhandles og paadømmes.

En anden forskrift, der sigter til det samme maal, og som findes i de fleste paa mundtlighedsprincipet byggede proceslove, er, at parterne i større sager skal være bistaaet af retskyndige procesfuldmægtige[6].

domsforhandling (kap. XX § 5 jfr. XXI § 1). Ellers har han at træffe valg mellem sagens forberedelse ved parternes indkaldelse til personligt møde eller forberedende skriftvexel (kap. XX § 6 jfr. XXI § 1). Paa en særlig forberedende rettergang giver kap. XX § 6 for lagmandsretterne, der behandler de større sager, anvisning i: a) vidløftige regnskabssager, b) andre særlig indviklede sager, der ikke uden nærmere udredning egner sig til mundtlig domsforhandling, c) andre vidløftige sager, hvori bevisførsel maa finde sted forud for domsforhandling. «Over den stedfundne forberedelse affatter lagmanden en fremstilling, hvori fastslaaes, i hvilke punkter parterne er enige, og i hvilke der er uoverensstemmelse, samt nærmere redegjørelse for de omstridte punkter og for de angaaende disse tilveiebragte eller paaberaabte oplysninger, dog uden at indgaa paa nogen bedømmelse af bevisets stilling» (kap. XXI § 8). — Udenfor tilfælde, hvor en saadan forberedende rettergang har fundet sted, er parterne ikke i almindelighed afskaarne fra under domsforhandlingen at gjøre gjældende noget, som ikke er medtaget under forberedelsen. Se imidlertid kap. XXII § 9: «Retten kan beslutte sat ud af betragtning anførsler, bevistilbud og begjæringer, hvis fremsættelse er forsinket i hensigt at forhale sagen. Skyldes den forsinkede fremsættelse grov uagtsomhed fra den ene parts side, kan det samme ske efter begjæring af den anden part, naar i modsat fald sagen vilde blive i betragtelig grad forhalet». Jfr. om omkostningsansvar kap. VI § 8. Se iøvrigt Getz Udredninger etc. p. 139.

[6] Jfr. Udk. til r. l. kap. V § 3: «Ved den mundtlige domsforhandling ved lagmandsretterne og høiesteret maa parterne, forsaavidt ikke

I den skriftlige proces er der baade langt mindre behov og mindre plads for en saa vidtgaaende procesledende virksomhed fra dommerens side: mindre behov, fordi dommeren selv kan lægge de skrevne akter, der foreligger for ham ved paadømmelsen, tilrette for sig paa en hvilkensomhelst maade, hvorledes end forhandlingerne har været førte — mindre plads, fordi dommeren under processens gang regelmæssig intet kjendskab har til dennes gjenstand Imidlertid maa man dog ikke tro, at behovet for en koncentration i den skriftlige proces aldeles ikke er tilstede. Et udslag af dette behov er den i mange skriftlige processystemer antagne eventualmaxime eller den regel, at parterne ikke under processens løb kan kræve noget hensyn taget til angrebs- eller forsvarsmidler, som de allerede paa et tidligere stadium havde al adgang til at anføre, eller, som man har udtrykt det[7], at de hver gang maa udtale sig, som om det var sidste gang, de havde ordet.

III. Af det foran udviklede vil det sees, hvorvidt det er berettiget at sige, at mundtlig proces leder til en hurtigere rettergang. Det vil bemærkes for det første, at selv den mundtlige forhandling maa forberedes, og ved bedømmelsen af rettergangens varighed maa hensyn ogsaa tages til denne forberedelses varighed, for det andet, at ogsaa den mundtlige rettergang kan være udsat for afbrydelser og udsættelser fra det ene retsmøde til det andet (vidners udeblivelse, fremførelse af nyt, paa hvilket modparten ikke var forberedt). Det er imidlertid klart, at saadanne udsættelser under en rent mundtlig rettergang er høist mislige, da derved for dommeren muligheden af at bevare oversigten vanskeliggjøres, og, naar det tidligere forhandlede ikke foreligger for ham i skrift, lettelig vil nødvendiggjøre, at forhandlingen helt maa gjentages. Den mundtlige proces har derfor forsaavidt stærkere opfordring end den skriftlige til at modvirke udsættelser. Det maa

herfra af loven er gjort undtagelse, benytte procesfuldmægtige og som saadanne sagførere, der er bemyndigede til at gaa i rette ved disse domstole».

[7] Nellemann Ord. civile procesmaade p. 73—4.

ogsaa siges, at dommeren under en virkelig mundtlig forhandling, der aabner ham adgang til paa ethvert trin at have oversigt over sagens stilling, ganske anderledes end under en skriftlig proces kan kontrollere udsættelsernes nødvendighed og derved modarbeide misbrug.

IV. Den mundtlige og umiddelbare forhandling kræver, at den hele forhandling foregaar for de samme dommere. Dommerne kan ikke under sagens gang vexle. En dommers forfald vil derfor nødvendiggjøre hele sagens gjentagelse.

V. Særlige spørgsmaal fremkaldes ved umiddelbarhedsprincipets anvendelse paa bevisførselen. Man benævner beviset umiddelbart eller middelbart, eftersom der kræves, at dommeren alene skal kunne tage hensyn til bevismidler, der umiddelbart forelægges ham, eller han ogsaa skal kunne bygge sin afgjørelse paa bevismidler, der selv bevises ved andre bevismidler[8]. Skarpest træder modsætningen frem i anvendelse paa vidner: Skaldet kræves, at dommeren alene skal kunne tage hensyn til forklaringer, der er afgivne umiddelbart for ham i retten, — eller skal det tilstedes, at ogsaa vidneforklaringer, der kun forelægges retten i en skriftlig gjengivelse (altsaa selv bevises ved et dokument), kommer i betragtning?

Bevisumiddelbarheden er beslægtet med mundtligheds-principet, men hænger ikke nødvendig sammen med dette[9]. Hvor processen som hos os er skriftlig, er det vistnok naturligt, at der for vidneprov o. lign. ikke opstilles noget krav til, at dommeren selv skal have hørt vidnerne. Men omvendt er den mundtlige proces ikke nødvendigvis forbunden med bevisumiddelbarhed. Af nyere mundtlige civilprocessystemer er det egentlig alene det engelske, der i sandhed kan siges at have gjennemført bevisumiddelbarheden, og som kun i virkeligt nødstilfælde tilsteder et middelbart bevis[10].

[8] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 64.

[9] Jfr. sammesteds p. 81—2.

[10] I den franske proces maa afhørelse af vidner og sagkyndige altid foregaa udenfor den dømmende ret (*code de proc civile* art 255); og bevisumiddelbarheden er saaledes her positivt udelukket. Herved maa

Bevisumiddelbarhedens fordele bestaar i, at dommeren derved faar et mere levende og tillige et fyldigere og alsidigere indtryk af alle de momenter, der maa tages i betragtning ved bedømmelsen af bevismidlets vægt[11]. Dens ulemper er væsentlig de samme som de, der er forbundne med den mundtlige proces i det hele: vanskeligheden for dommeren af at beherske bevisstoffet, særlig hvor dette er vidløftigt, og — hvad ved vidneprov ofte er tilfældet — indeholder indbyrdes modstridende utalelser, samt i forbindelse dermed den større vanskelighed ved den fornødne kritiske prøvelse og sigtning af bevismaterialet. Erkjendelsen af disse vanskeligheder har ledet til, at man overalt har søgt at fixere bevismaterialet paa en maade, der kan give et varigere grundlag for dets bedømmelse. I England nedtegner dommeren selv en gjengivelse af vidners og sagkyndiges prov, men nogen formelig protokollation af disse finder ikke sted. I Tyskland og Østerrige er, selv hvor beviset føres umiddelbart for den dømmende

imidlertid bemærkes, at *code civil* art 1341 ff. overhovedet afskjærer adgangen til at bevise kontrakter, der angaar gjenstande af over 150 francs værdi paa anden maade end ved skriftstykker. Over 90 pct. af civile sager afgjøres i Frankrige alene paa grund af partsforhandling og skriftlige beviser (Schmidt Lehrbuch p. 81). — Den tyske proceslov har vistnok i principet godkjendt bevisumiddelbarheden (§ 355), ligeledes den østerrigske (§ 276); men der opstilles en række undtagelser (den tyske civilproceslovs § 375, den østerrigske § 276), deriblandt navnlig for tilfælde af, at vidners afhørelse ved den dømmende ret selv vilde være forbunden med væsentlig vanskelighed, hvilken bestemmelse i Tyskland anvendes paa en maade, der bevirker, at i retsbrugen bevisumiddelbarheden for vidner og sagkyndige omtrent slet ikke gjennemføres; jfr. Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 287. — Udk. til r. l. bestemmer i kap. XV § 1 om vidneførsel, at den som regel skal foregaa under domsforhandlingen, men herfra gjøres i § 2 undtagelse bl. a. for det tilfælde, at ulemperne herved vilde staa i aabenbart misforhold til de derved vundne fordele. For sagkyndige gjennemfører kap. XVII § 8 bevisumiddelbarheden mindre strengt og lader som regel skriftlig erklæring være nok, om end adgangen til mundtlig afhørelse staar aaben. Syn og granskning skal efter kap. XII § 8 foretages af den dømmende ret selv, hvor det kan ske uden særlig uleilighed. — Jfr. med disse bestemmelser strpl. § 332 (Forelæsn. over straffeproces p. 333—4).

[11] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 82.

ret selv, protokollation som regel foreskrevet[12] væsentlig i samme udstrækning som under en skriftlig rettergang. Det sidste har den ulempe, at forhandlingen derved forsinkes og taber i liv og friskhed. En vidtstraktere anvendelse af stenografiske referater vilde, forudsat at disse meget hurtig kunde overføres til almindelig skrift, afhjælpe et væsentligt savn.

En streng gjennemførelse af bevisumiddelbarheden medfører nødvendigvis en skjærpelse af vidnepligten, idet navnlig dennes stedlige begrænsning ikke lader sig opretholde paa samme maade som i en proces med middelbart bevis. Den vil derigjennem ogsaa lettelig fordyre rettergangen. En stor ulempe er det endvidere, at retsforhandlingen er udsat for at spildes og at møde baade af retten, parterne og vidnerne kan blive forgjæves, fordi et vidne eller en sagkyndig udebliver.

VI. Modsætningerne mellem skriftlig og mundtlig, middelbar og umiddelbar rettergang øver en væsentlig indflydelse paa retsmiddelsystemets (appelsystemets) uformning. Under en skriftlig proces er det muligt at forelægge overinstansen nøiagtig det samme processtof, der har været grundlaget for underinstansens afgjørelse. Opstiller man derimod for alle instanser kravet til mundtlighed og umiddelbarhed, vil det være uforeneligt hermed at kræve, at det for appelinstansen foreliggende processtof skal i alle henseender være identisk med det, der har foreligget for underinstansen. Særlig gjælder dette bevisførselen: Enten kræves det her, at denne i overinstansen skal gjentages; og da bliver det i virkeligheden nye forklaringer, som her danner grundlaget for afgjørelsen. Eller man tillader overinstansen at bygge sin dom paa den skriftlige gjengivelse af det i underinstansen førte bevis; og da bliver i virkeligheden det bevis, hvorpaa overinstansen bygger, af en anden (og ufuldkomnere) art end det, hvorpaa underinstansen bygger.

En gjentagelse af den bevisførsel, der har fundet sted i underinstansen, er naturligvis altid forbunden med be-

[12] Jfr. den tyske civilproceslov § 160, den østerrigske § 343.

svær og omkostninger og lader sig i mange tilfælde enten slet ikke iværksætte (f. ex. paa grund af vidners død, fravær) eller ialfald kun under ugunstigere vilkaar (vidnernes hukommelse er svækket eller det umiddelbare indtryk af begivenhederne mindre levende). Hensynet hertil bevirker, at adgangen til en overprøvelse af den faktiske del af afgjørelsen i mundtlige processystemer maa indskrænkes langt mere end i skriftlige, og at man i regelen tillige i overinstansen maa slaa af paa fordringerne til bevisumiddelbarheden[13].

§ 9 a.

RETTERGANGENS OFFENTLIGHED.

At statens retspleie skal ske i offentlighedens fulde lys, er et princip, der med rette har været tillagt stor betydning. Paa fastlandet har imidlertid denne grundsætning først i dette aarhundrede naaet til en almindeligere anerkjendelse. Hos os er principet udtrykkelig udtalt i N. L. 1—3—1.

Offentlighedens betydning ligger navnlig deri, at den indeholder en virksom betryggelse for, at alle ved processen medvirkende personer gjør sin pligt, idet de stilles under publikums og den offentlige menings kritik og kontrol. Den er i saa henseende særlig vigtig for straffeprocessen. Men ogsaa i civilprocessen virker den gavnligt. Den har betydning navnlig derved, at den bidrager til at fremkalde den interesse hos almenheden for retspleiens virken, uden hvilken denne i længden ikke vil tilvinde sig fuld tillid. Offentligheden bør kun udelukkes, hvor særlige hensyn gjør sig gjældende, saasom hensynet til den

[13] I Udk. til r. l. kap. XXIV er der anordnet tre instanser for retsspørgsmaalenes afgjørelse, men i alle tilfælde kun to for de faktiske spørgsmaal. Om bevisførsel for appelinstansen bestemmer § 17, sidste led: «Hvis det findes paakrævet, kan allerede førte beviser optages paany enten ved ankeforhandlingen selv eller forud for denne. Fornyet vidneførsel for ankeforhandlingen finder som regel sted, naar det begjæres af en part og ikke enten væsentlige vanskeligheder stiller sig i veien eller vidnets udsagn er af aabenbart ringe betydning».

offentlige orden eller sikkerhed eller til ærbarhedens krav eller familielivets fred, eller hvor offentligheden kan antages at ville vanskeliggjøre sagens oplysning[1].

Et særligt herhen hørende spørgsmaal er det, om ogsaa voteringen i flermandsretter bør være offentlig. Her gjør tildels særegne betænkeligheder sig gjældende: Domstolenes værdighed og autoritet kan befrygtes at lide og udslaget at ville vække mindre tillid, naar dissenser mellem de medvirkende dommere stilles blot for almenheden. Dommen faar et mere upersonligt præg, naar voteringen holdes skjult[2].

Sand offentlighed lader sig, som det vil forstaaes, vanskelig fuldt ud forene med skriftlighed.

§ 10.

DOMSTOLENES BESÆTTELSE[1].

Ogsaa de modsætninger, som paa dette omraade har gjort sig gjældende, maa siges at være af indgribende betydning for retspleiens virkemaade. Det er navnlig følgende principspørgsmaal, som her fortjener at fremhæves:

1) Bør man have enmands- eller flermandsdomstole (enkeltdommere eller kollegiale retter)? At afgjørelsen hviler paa en enkelt, skjærper dennes ansvarsfølelse og er det fuldkomneste udtryk for dommens enhed. Medvirker flere, svækkes ansvarsfølelsen, og ved mulig dissens forringes indtrykket af dommens autoritet. Paa den anden side undgaaes lettere feil; navnlig er det under en mundtlig proces betænkeligt, at afgjørelsen skal afhænge af en

[1] Se Udk. til d. o. kap. X § 3.

[2] Hos os er voteringen offentlig i høiesteret efter lov 11 april 1863. Udk. til l. om d. o. kap. XII § 3 bestemmer derimod for alle retter, at stemmegivningen skal foregaa for lukkede døre; men efter § 11 er der intet til hinder for, at de dommere, der er uenige i dommen, i denne selv kan give udtryk for sin dissens. — Jfr. om dette punkt i det hele udkastets motiver p. 113 ff.

[1] Jfr. Getz Udredninger etc. p. 6 ff.

enkelt mands evne til at følge og opfatte forhandlingen. I England, hvor dommerstillingen er i enestaaende grad vel udrustet og høit anseet, er retten i underinstansen regelmæssig beklædt af enkeltdommere[2]; paa fastlandet er kollegiale retter regelen undtagen i de ubetydeligste sager.

Selv hvor retten beklædes af flere dommere, vil det dog være det naturligste at lægge procesledelsen udelukkende eller overveiende i en enkelt dommers hænder (rettens formand).

2) Det andet spørgsmaal er: Fagdommere eller lægdommere?[3]. Der har været forskjellige former af lægdommere, idet disse dels kun har været kaldede til afgjørelse af en del af sagen (jury, hvis opgave i civile sager har været bevisbedømmelsen) dels har afgjort alt, hvad der overhovedet er forelagt retten. I sidste tilfælde har forholdet atter dels været det, at de har virket sammen med en eller flere retslærde dommere (domsmænd), dels at retskyndighed overhovedet ikke for noget retsmedlem har været opstillet som vilkaar for dommerhvervet. Det sidste er f. ex. som almindelig regel tilfældet i Schweiz, medens det i andre lande kun gjælder enkelte arter domstole (i Frankrig f. ex. for handelsdomstolene, i mange lande for fredsdommerne, hos os for forligelseskommissionerne, hvis hovedopgave ligger paa den mæglende virksomheds omraade, men som ogsaa har dømmende myndighed). Størst anvendelse har dog i nutiden lægelementet i form af domsmænd. Denne institution fremtræder i enkelte anvendelser som direkte udløber af de gamle germanske folkedomstole (saaledes i vore meddomsretter efter N. L. 1—7 og i den svenske nämnd, som bestaar af 12 lægmænd, der dømmer sammen med dommeren, men kun kan overstemme denne, naar de er enige). Iøvrigt har domsmandsinstitutionen for civilprocessens vedkommende særlig anvendelse paa omraader, hvor dommen i nogen grad forudsætter særlige fagindsigter, som antages bedst at repræsenteres af visse klasser lægmænd (sø- og handelsretter,

[2] Jfr. herom Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 361—3.

[3] Jfr. Forelæsninger over straffeprocessen § 10.

fiskeriretter, haandværksretter o. lign.) I de foreliggende udkast til en reform af vor civilproces tænkes den givet en videre anvendelse, idet domsmænd forudsættes tilkaldte i enhver sag, hvor nogen af parterne begjærer det[4].

Den engelske juryinstitution, hvis oprindelse er at søge paa den civile rettergangs omraade, og som først senere overførtes til straffeprocessen, har spillet sin største rolle paa sidstnævnte omraade. Medens den engelske kriminaljury er bleven efterlignet i næsten alle europæiske lande, har civiljuryen ingen nævneværdig udbredelse fundet udenfor den engelsk-amerikanske verden. Og selv inden denne synes den at være en hendøende institution. Efterat det i England ved en lov af 1883 er bleven en frivillig sag for parterne at benytte jury, er antallet af sager, der paadømmes med tilkaldelse af en saadan, i stadigt aftagende[5].

3) Et vigtigt princip for domstolenes besættelse er dommernes uafhængighed. Den vigtigste fordring, der flyder af dette princip, er, at de faste fagdommere ikke vilkaarlig maa kunne afsættes eller forflyttes. Uforeneligt med det nævnte princip er det at lade dommerne som i Schweiz udgaa af periodiske valg, ved hvilke udenforliggende hensyn let gjør sig gjældende.

For lægdommeres vedkommende former kravet paa uafhængighed sig nærmest til et krav paa, at de i den enkelte sag deltagende dommere ikke er valgte paa en maade, der gjør dem afhængige af den faste dommer eller sagens parter, men udtagne enten efter tur eller ved lodtrækning blandt et udvalg, hvis tilblivelse er ordnet paa en maade, der saa vidt muligt udelukker indflydelse af udenforliggende hensyn.

§ 11.

PROCESGANGEN.

I. Det er allerede i § 5 bemærket, at processen udvikler sig som en rækkefølge af handlinger, dels parts- dels

[4] Jfr. Udk. til r. l. kap. I §§ 10 og 12.

[5] Jfr. Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 363—4; Getz Udredninger etc. p. 6.

dommerhandlinger, sigtende til at fremme processens øiemed.

Dette procesøiemed er, som det fremgaar af det i § 1 udviklede, regelmæssig et dobbelt: dels at fjerne en i det konkrete tilfælde opstaaet retsuvished dels i fornødent fald at faa fuldbyrdet det som retmæssig erkjendte krav.

Man faar saaledes en dobbelt gruppe proceshandlinger: saadanne, der sigter til at faa prøvet og fastslaaet, om det af sagsøgeren reiste krav er berettiget (processens erkjendelsesstadium) og saadanne, sigtende til kravets fuldbyrdelse (exekutionsstadiet) Disse grupper kan i de forskjellige processer spille en meget forskjellig rolle. I enkelte tilfælde spiller fuldbyrdelsen en ganske underordnet eller ingen rolle (man tænke f. ex. paa en proces om stemmeret i et aktieselskab). I andre tilfælde er der ingen egentlig retsuvished og alt, hvad der spørges om, er i virkeligheden kun at faa en hurtig exekution af et uomstridt, men uopfyldt krav. Denne forskjel kan der være grund til at tillægge indflydelse paa procesformerne. De fleste lovgivninger har saaledes skabt en særlig summarisk exekutivproces for uomstridte gjældskrav[1].

Exekutionsstadiet er regelmæssig adskilt fra erkjendelsesstadiet baade i henseende til tid og sted, idet det først indtræder efter endelig dom og efter vor ret tillige forhandles for en særskilt myndighed. Men heller ikke denne regel er undtagelsesfri. Saaledes viser N. L. 1—6—21, frdn. 13 januar 1792, vexelprocesloven 17 juni 1880 § 8, at ogsaa her en exekution kan ske samtidig med en realitetsforhandling for overordnet ret. Forholdet er da ogsaa her, at exekutionsforhandlingen er at opfatte som betinget.

II. Som i § 5 omhandlet er rettens pligt til at tage det reiste krav under paadømmelse betinget af visse i loven nærmere angivne omstændigheders tilstedeværelse (procesforudsætninger). Dette forhold kan give anledning til en række proceshandlinger med det særlige formaal at faa fastslaaet, om disse betingelser er tilstede. Herved

[1] Jfr. de i § 6 note 2 omhandlede regler om betinget betalingsordre.

fremkommer en naturlig sondring mellem forhandlingen om procesforudsætningerne (formalproces) og forhandlingen om selve det materielle retsforhold, der er sagens gjenstand. I enkelte processystemer er de hidhørende forskjellige grupper proceshandlinger henlagte til to særskilte afsnit af processen[2]. I andre — som f. ex. i vort — er en saadan sondring kun fakultativ. Men selv hvor forhandlingen om begge de ovennævnte spørgsmaal foregaar samtidig, er sondringen nødvendig: Dommeren maa først afgjøre spørgsmaalet, om sagen skal antages til paadømmelse eller afvises; og besvares dette til gunst for den sidste mening, falder hele realitetsprocedyren bort[3].

III. I et mundtligt processystem vil det, som det fremgaar af udviklingen i det foregaaende, være naturligt at give dommeren en vidtstrakt myndighed til at anordne proceshandlingernes rækkefølge ogsaa inden hver af de under II omhandlede grupper. I den skriftlige proces har man tildels forsøgt at give bindende lovregler for rækkefølgen. Saaledes har i enkelte processystemer bevisførselen været henlagt til et særskilt procesafsnit. Ogsaa den foran p. 53 nævnte eventualmaxime kan i virkeligheden betragtes som regel for proceshandlingernes tidspunkt.

De tre stadier forekommer ikke nødvendigvis i enhver proces.

Til belysning af procesgangen i en ordinær civil proces i erkjendelsesstadiet i underinstansen meddeles her en konkret civil sag[4].

[2] Saaledes var f. ex. tilfældet i den romerske ret, hvor forhandlingen om procesforudsætningerne foregik for prætor (*in jure*), forhandlingen om det materielle retsforhold for dommeren (*in judicio*), jfr. nedenfor § 14.

[3] Eiendommelig er derfor den i Retst. 1896 p. 516 meddelte dom, i hvilken høiesteret ganske undlod at behandle instevntes formelle indsigelser, fordi den fandt de reelle afgjørende.

[4] I det følgende meddeles forhandlingerne saaledes, som de pleier at meddeles i en saakaldt akt, d. e. en udtømmende, kronologisk afskrift saavel af det protokollerede som af det fremlagte i sagen, hvorved dog bemærkes, at den i den her meddelte sag fremlagte tingsvidne-

Byretssag

Jakob B. Holm

mod

Peder Berg.

Aar 1899 den 9de februar blev ret sat i byrettens lokale i politikammerbygningen i Kristiania. Retten betjentes af assessor N. N. i overvær af de forhen edfæstede mandtalsførte retsvidner — — — — — — — —.

Hvor da:

foretoges sag nr. 46/1899

Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For citanten mødte advokat N. N., der fremlagde forligsklage og stevning samt deduktionsindlæg, i henhold til hvilket han indlod sagen.

Forligsklage

Til

Kristiania forligelseskommission.

Den 30te september 1898 bestilte Peder Berg hos undertegnede Jakob B. Holm et parti høvlede bord, der leveredes i dagene 13de til 15de oktober næstefter. Da Peder Berg har vægret sig ved at betale kjøbesummen for denne leveranse[5], bedes han indkaldt til første forligelseskommission, hvortil lovligt varsel kan gives.

Kristiania den 10de november 1898.

Jakob B. Holm.

I henhold til ovenstaaende klage indkaldes herved parterne til at møde i Kristiania forligelseskommission, der holdes i gaarden nr. . . ., mandag den 21de novbr. 1898 kl. 9.

Kristiania den 10de november 1898.

N. N.,

forligelseskommissær.

akt ikke vilde være at indtage i en almindelig akt i hovedsagen, men vilde medfølge denne som bilag. — Ved benyttelsen af nedenstaaende paradigma for den akademiske undervisning vil det være nyttigt at lade de studerende selv foretage henvisninger til de forskjellige lovsteder, hvorefter de enkelte processkridts form og indhold bestemmes.

[5] I praxis vil i almindelighed saavel partiets størrelse som kjøbesummens beløb, hvor det er muligt, allerede angives i forligsklage og stevning. I nærværende tilfælde er disse skriftstykker affattede med det for øie at vise de minimumsfordringer, der maa stilles til deres indhold.

Aar 1898 den 12te november er denne klage forkyndt for Peder Berg i hans bolig i Pilestrædet nr. 120 i paahør af hans hustru, til hvem en bekræftet afskrift af klagen overleveredes, og som meddelte, at hendes mand var fraværende paa en forretningsreise, men vilde komme tilbage den følgende dag og da skulde faa fornøden underretning om klagens forkyndelse, — hvilket herved bevidnes i henhold til den af mig som stevnevidne aflagte ed.

Herfor betalt kr. 0,80. N. N.,
stevnevidne.

Ovenstaaende klage behandledes i Kristiania forligelseskommission den 21de november 1898. Begge parter mødte personlig, men forlig var ikke at opnaa, hvorfor sagen efter klagerens forlangende henvistes til retten.

Kristiania den 23de november 1898.

N. N.,
forligelseskommissær.

Fremlagt i Kristiania byret den 9de februar 1899.
N. N.

* * *

Stevning.

Den 30te september 1898 bestilte Peder Berg hos Jakob B. Holm et parti høvlede bord, der leveredes i dagene 13de til 15de oktober næstefter. Da Peder Berg har vægret sig ved at betale kjøbesummen for denne leveranse, stevner jeg herved paa Jakob B. Holms vegne Peder Berg til at møde mig ved Kristiania byting torsdag den 9de februar 1899 form. for der og da i ovennævnte sag at se breve og bevisligheder irettelagte, paahøre procedyre og modtage dom overensstemmende med paastand, der vil blive nedlagt inden retten.

Kristiania den 1ste februar 1899.

N. N.,
advokat.

Aar 1899 den 2den februar kl. 10 form. er ovenstaaende stevning forkyndt for Peder Berg i bopæl og eget paahør, ligesom en gjenpart af stevningen er ham overleveret, hvilket herved bevidnes i kraft af forhen aflagt ed som stevnevidne.

Herfor betalt kr. 0,80.

N. N.,
stevnevidne.

Fremlagt i Kristiania byret den 9de februar 1899.
N. N.

* * *

Deduktionsindlæg
i sag Jakob B. Holm mod Peder Berg.

Den 30te september 1898 blev der hos Jakob B. Holm pr. telefon bestilt 50 000 meterfod høvlede bord (rupanel) à $12^{1}/_{2}$ toms bredde og 1 toms tykkelse. Bestillingen opgaves at være for Peder Berg; og bordene skulde leveres inden den 15de oktober næstefter paa Bergs eiendom Rud i østre Aker, hvor de skulde anvendes til en bygning, som der var under opførelse. Jakob B. Holm, der personlig modtog bestillingen, erklærede sig villig til at levere bordene for en pris af 3 kr. pr. 100 meterfod, hvilket akcepteredes af bestilleren.

Da leveringen var begyndt den 13de oktober og ialt 30 000 fod var aflæssede, kom Berg tilstede og negtede at modtage bordene, idet han paastod, at bestillingen var gjort uden hans samtykke, og at den i det hele beroede paa en misforstaaelse, for hvilken han intet ansvar kunde have. Holm protesterede herimod og lod ogsaa de resterende 20 000 fod bord aflæsse paa Rud, idet han underrettede Berg om, at de laa der for hans ansvar og regning. Senere har det trods gjentagne forsøg ikke været muligt at komme til nogen ordning.

Citanten paastaar nu betaling for de bestilte bord med 1500 kroner samt 4 % rente fra forligsklagens datum den 10de november 1898, indtil betaling sker.

Subsidiært paastaar citanten betaling for de 30 000 fod, der allerede, inden nogen protest fremkom, var aflæssede paa indstevntes gaard, og som, efter hvad der er bragt i erfaring, allerede delsvis er anvendte til opførelsen af indstevntes hus.

Det bliver saaledes min ærbødige

paastand

principalt,

At indstevnte Peder Berg tilpligtes at betale til citanten Jakob B. Holm 1500 kroner med 4 — fire — af hundrede i aarlig rente deraf fra 10de november 1898, indtil betaling sker;

subsidiært,

At indstevnte tilpligtes at betale citanten 900 kroner 4 — fire — af hundrede i aarlig rente deraf fra 10de november 1898, indtil betaling sker.

I begge tilfælde paastaaes indstevnte tilpligtet at betale citanten processens omkostninger med et tilstrækkeligt beløb.

Kristiania den 8de februar 1899. Ærbødigst

N. N.,
advokat.

Til
Kristiania byret.

Fremlagt i Kristiania byret den 9de februar 1899.
N. N.

* * *

For indstevnte mødte sagfører N. N. og begjærede, for at imødegaa det fremlagte, udsættelse til torsdag den 23de marts.

Advokat N. N. protesterede mod saa lang udsættelse.

Indstevntes sagfører bemærkede, at udsættelsen bl. a. skulde benyttes til optagelse af et skjøn inden Akers jurisdiktion.

Det eragtedes:

Til imødegaaelse af det fremlagte og til optagelse af et skjøn inden Aker udsættes sagen for indstevnte til torsdag den 23de marts 1899.

Aar 1899 den 23de marts blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

foretoges udsat sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For indstevnte mødte sagfører N. N., der fremlagde tilsvar med et bilag.

* * *

Tilsvar

i byretssag Jakob B. Holm mod Peder Berg.

Herved giver jeg mig den ære at fremlægge aktudskrift af et i Aker optaget skjøn.

Nærværende søgsmaal er urigtig anlagt ved Kristiania byret, idet indstevntes rette værneting er Aker. Forholdet er nemlig følgende: Indstevnte fraflyttede sit tidligere bosted Drammen i august 1898. Hans indbo blev da flyttet direkte til den af ham indkjøbte eiendom Rud i Aker, medens han selv og hans hustru midlertidig tog ophold hos en slægtning i Kristiania, hvor de kun agter at opholde sig, indtil det vaaningshus, der opføres paa Rud, bliver færdigt. Det er efter dette formentlig klart, at indstevntes forhold til Kristiania er ganske forbigaaende og at denne by ikke kan betegnes som hans hjemsted. Det sted, hvortil han er flyttet, er ikke Kristiania, men Aker; og at han midlertidig er gjæst paa førstnævnte sted kan ligesaalidt forrykke det virkelige hjemstedsforhold som et hvilketsomhelst andet midlertidigt besøg udenfor hjemmet.

Idet jeg saaledes principalt forventer sagen afvist, vil jeg dog ikke undlade subsidiært ogsaa at paavise sagens grundløshed i realiteten.

Med hensyn til realiteten er da sagens sammenhæng følgende: Indstevnte havde benyttet en mand ved navn Hans Andresen som sin medhjælper ved tilsynet med byggearbeidet paa Rud. Denne havde, saalænge indstevnte boede i Drammen, ogsaa besørget indkjøbet af de fornødne byggematerialer for indstevntes regning. Da indstevnte var flyttet fra Drammen, overtog han imidlertid selv tilsynet med byggearbeidet. Han var daglig paa Rud; og det var hans forudsætning, at Hans Andresen, der vistnok fremdeles vedblev at bistaa ham, kun skulde yde ham raad som bygningskyndig, men at alle anskaffelser skulde udgaa fra indstevnte selv. Den her omhandlede leveranse var bestilt af Andresen uden udtrykkelig fuldmagt. Indstevnte vilde selv aldrig have givet en saa høi pris. Han var desuden misfornøiet med de leverede bord, der viste sig at have været udsat for fugtighed og derfor var raa og lidet skikkede som bygningsmaterialer. Jeg henviser i saa henseende til det af mig fremlagte skjøn. — At bordene skulde have undergaaet nogen forringelse i den tid, de har henligget paa Rud, er utænkeligt, da de har været beskyttede ved et der til brug under byggearbeidet opført skur. — Da indstevnte saaledes ikke fandt sig tjent med de af citanten leverede bord, bestilte han hos en anden trælasthandler, hvad han behøvede, og fik dem der leverede til en pris af kr. 2,90 pr. 100 meterfod. Imidlertid var uden indstevntes vidende et par tylvter af citantens bord blevne anvendte ved den paabegyndte bordklædning af huset. Disse er indstevnte villig til at erstatte med den tilsvarende meterlængde bord af de af ham indkjøbte; og disse ligger ogsaa til afhentning paa Rud.

I henhold til det saaledes anførte bliver det min ærbødige

paastand

principalt,

At sagen afvises, og at indstevnte hos citanten tilkjendes kost og tæring;

subsidiært,

At indstevnte frifindes for citantens tiltale i denne sag, og at citanten tilpligtes at erstatte invstevnte processens omkostninger.

Kristiania den 20de marts 1899.

Ærbødigst
N. N.,
sagfører.

Til
Kristiania byret.

* * *

Akt

i skjønssag Peder Berg mod Jakob B. Holm.

Sorenskriveren i Aker gjør vitterligt:

Aar 1899 den 1ste marts blev extraret sat paa gaarden Rud i Aker. Retten betjentes af sorenskriveren i forbindelse med de af fogden opnævnte skjønsmænd — — — — — —, der tidligere havde aflagt ed.

Hvor da:

foretoges skjønssag Peder Berg mod Jakob B. Holm.

For skjønscitanten mødte sagfører N. N., der foreviste dokumenterne, hvoriblandt henvist forligsklage i den ved Kristiania byret verserende hovedsag, samt fremlagde skjønsstevning med paategnet mændsopnævnelse, hvorhos han begjærede, at retten vilde tage i øiesyn det parti høvlede bord, der omhandles i skjønsstevningen, og som er henlagt i et skur, der af komparenten nærmere skulde paavises, samt at mændene vilde afgive skjøn angaaende samme efter nærmere anledning.

* *
*

Stevning.

I en ved Kristiania byret verserende sag mellem Jakob B. Holm og Peder Berg ønsker sidstnævnte at optage et skjøn paa gaarden Rud i Aker til belysning af beskaffenheden af et der henliggende parti høvlede bord.

Til at se fremmet enhver til oplysning i denne anledning tjenlig retshandling samt til at overvære dette skjøn stevner jeg herved paa Peder Bergs vegne Jakob B. Holm til møde paa ovennævnte sted til saadan tid, som af sorenskriveren i Aker herpaa tegnet bliver berammet.

Kristiania den 14de februar 1899.

N. N.,
sagfører.

Ovenomhandlede skjønssag berammes til foretagelse ved extraret paa gaarden Rud førstkommende onsdag den 1ste marts 1899.

For berammelsen er til statskassen betalt kr. 5,00.

Akers sorenskriverkontor den 14de februar 1899.

N. N.,
sorenskriver.

For Jakob B. Holm vedtages lovligt varsel.

Kristiania den 15de februar 1899.

N. N.,
sagfører.

Til at forrette som skjønsmænd i ovennævnte sag opnævnes herved d'hrr.: 1) . . . . 2) . . . . 3) . . . . 4) . . . . og som suppleanter: 1) . . . . 2) . . . .

For opnævnelsen er betalt kr. 1,50.

Akers sorenskriverkontor den 22de februar 1899.

N. N.,
sorenskriver.

Aar 1899 den 23de februar er de opnævnte skjønsmænd — — — — — — af mig tilsagte til at afgive møde til berammet tid og sted.

N. N.,
lensmand.

Fremlagt ved extraret paa Rud den 1ste marts 1899.

N. N.

* * *

For Jakob B. Holm mødte advokat N. N., der vistnok fandt det tvilsomt, om skjønscitanten har havt tilstrækkelig hjemmel til at tilstevne nærværende skjøn, der sees at gjælde løse, flytbare gjenstande og ikke er knyttet til noget «aasted», udenfor baade indstevntes og hovedsagens forum; men for at vise sig imødekommende og ikke berede modparten vanskeligheder, vilde komparenten dog ikke modsætte sig fremme af skjønnet, hvorunder han forbeholdt sine bemærkninger.

Skjønscitantens sagfører vilde hertil kun bemærke, at ikke blot bordene, men ogsaa skuret, hvori de havde henligget og endnu henlaa, maatte besigtiges af mændene, og at altsaa forretningen havde tilknytning nok til et lokalt aasted.

Skjønsmændene valgte N. N. til opmand for tilfælde af stemmelighed ved skjønnet.

Retten i forening med sagførerne begav sig derpaa hen til et i nærheden af vaaningshuset paa nærværende gaard Rud opført aabent skur, hvor skjønscitantens sagfører paaviste det omhandlede, i skuret henliggende parti høvlede bord, som han bad skjønsmændene at besigtige, hvorefter han ønskede dem forelagt følgende spørgsmaal:

«Er disse bord at anse som gode, tørre bygningsmaterialer?»

Skjønsmændene tog derefter i øiesyn bordene, der tildels blev lempet over og flyttet for nøiere besigtigelse, hvorefter de erklærede, at bordene vistnok ikke kunde ansees utjenlige som bygningsmaterialer, men at de aabenbart havde lidt endel af fugtighed.

Indstevntes sagfører bad skjønsmændene spurgt: «1) Om bordene paa nogen maade kunde betegnes som en daarlig handelsvare. 2) Om det kunde skjønnes, hvorvidt

fugtigheden var af ny oprindelse eller allerede havde været forhaanden, da bordene i oktober 1898 aflæssedes paa Rud.»

Skjønscitantens sagfører bad i forbindelse med det første af disse spørgsmaal skjønsmændene oplyst om, at prisen paa bordene havde været 3 kroner pr. 100 meterfod, samt spurgt om, hvorvidt deres kvalitet kunde ansees modsvarende denne pris.

Skjønsmændene udtalte:

Ad spørgsmaal 1) Bordene kan vistnok ikke betegnes som ligefrem slet handelsvare, men 3 kr. pr. 100 meterfod maa ansees for at være en for høi pris for dem.

Ad 2) Forsaavidt bordene den hele tid siden deres levering har befundet sig i det skur, hvor de nu henligger, kan det ikke antages, at de der har været udsat for direkte paavirkning af fugtighed.

Skjønsmændene, hvis skjøn var enstemmige, erklærede sine udtalelser at være afgivne efter bedste skjøn og overbevisning i henhold til tidligere aflagt ed.

Skjønscitantens sagfører begjærede skjønsforretningen sluttet og sig tilstillet aktudskrift.

Skjønsmændene erklærede paa foranledning, at de intet havde at bemærke ved det forhandlede eller ved protokollationen.

Eragtet:

Skjønsforretningen sluttes.

(Underskrifter.)

For skjønsforretningen betalt:

Berammelse	kr.	5,00
Mændsopnævnelse	»	1,50
Behandling	»	5,00
Skjønsmændene, kr. 2,00 hver	»	8,00
Beskrivelse, 3 ark à kr. 0,80 .	»	2,40
	kr.	21,90

N. N.,
sorenskriver.

Saaledes at være foregaaet bevidnes i overensstemmelse med retsbogen og de fremlagte dokumenter.

N. N.
sorenskriver.

Fremlagt i Kristiania byret den 23de marts 1899.

N. N.

* * *

Jakob B. Holms sagfører begjærede, for at imødegaa det fremlagte, sagen for sig udsat i 14 dage.

I henhold til det af citanten anførte blev eragtet:

Sagen udstaar for citanten til torsdag den 6te april 1899.

Aar 1899 den 6te april blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

foretoges udsat sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For citanten mødte advokat N. N., der fremlagde vidnestevning og vidnespørgsmaal, efter hvilke han bad de 3 mødende vidner afhørte, idet han bemærkede, at modpartens sagfører har været underrettet om vidneførselen.

* * *

Vidnestevning.

I den ved Kristiania byret mellem Jakob B. Holm og Peder Berg verserende sag angaaende en leveranse af høvlede bord agtes afhørt vidner.

Til som saadanne at møde ved Kristiania byting torsdag den 6te april 1899 kl. 9 stevnes herved under faldsmaals straf i tilfælde af udeblivelse:

1) Hans Andresen (bolig),
2) Olaus Haugen (do.),
3) Henrik Hansen (do.).

For Jakob B. Holm
N. N.,
advokat.

Aar 1899 den 28de marts kl. 10 er nærværende stevning forkyndt o. s. v.

N. N.
stevnevidne.

Fremlagt i Kristiania byret den 6te april 1899.
N. N.

* * *

Vidnespørgsmaal.

a) Til vidnet Hans Andresen:

1) Har De den 30te september 1898 for Peder Bergs regning bestilt et parti høvlede bord?

2) Hvad passerede der ved denne bestilling, og paa hvilke vilkaar blev den modtaget?

3) Havde De bemyndigelse fra Peder Berg til at gjøre denne bestilling for ham?

b) Til vidnerne Olaus Haugen og Henrik Hansen:

4) Var De tilstede ved leveringen af det i spørgsmaal 1 omhandlede parti bord?

5) Hvorledes var beskaffenheden af bordene? og særlig: Havde de været udsatte for nogen fugtighed?

N N.,
advokat.

Fremlagt i Kristiania byret den 6te april 1899.

N. N.

* * *

For indstevnte Peder Berg mødte sagfører N. N. og protesterede i henhold til N. L. 1—13—18 mod, at Hans Andresen førtes som vidne i denne sag. Det var bogstavelig i egen sag, denne nu afæskedes edelig forklaring, idet det var om sin egen beføielse til at handle saaledes, som han havde gjort, han skulde vidne; og hvis denne beføielse glippede, vilde der for ham umiddelbart være begrundet ansvar i anledning af den afsluttede handel

Advokat N. N. bestred denne tilførsel. Hans Andresen stod ikke i forhold til denne sag som part, og der kunde ikke indrømmes at være nogen hindring i loven — rigtig forstaaet — mod hans edelige afhørelse; meget mere vilde denne stemme med en fast og konstant retsbrug. Skulde man være udelukket fra at afhøre den, der som mellemmand havde medvirket ved en kontrakts afslutning, vilde retssikkerheden være udsat for et betænkeligt skaar.

Retten fandt, at de af indstevntes sagfører fremhævede omstændigheder ikke var af den art, at de kunde udelukke Hans Andresens afhørelse og edfæstelse som vidne og

eragtede:

Vidnet H. Andresen bliver at føre.

Derefter fremstod som

1ste hovedvidne Hans Andresen, 49 aar gammel, ikke ved slægtskab eller afhængighedsforhold forbunden med sagens parter.

Vidnet edfæstedes efter behørig forberedelse og svarede:

Til spørgsmaal 1) Ja, vidnet havde gjort den omspurgte bestilling.

Til spørgsmaal 2) Vidnet telefonerede til Jakob B. Holm og spurgte, om der var anledning til inden 15de oktober at faa leveret ca. 30 000 meterfod 12½ og 1 toms høvlede bord. Dette blev bekræftet, ligesom prisen blev opgiven til 3 kroner pr. 100 meterfod.

Peder Bergs sagfører bad vidnet kontraspurgt, a) om han ikke fandt prisen høi, samt b) om der intet særlig blev aftalt om beskaffenheden af de leverede bord.

Vidnet svarede hertil, at prisen svarede til, hvad han havde tænkt sig. Der blev, saavidt vidnet erindrer, af ham spurgt, om Jakob B. Holm havde tørre, gode høvlede bord, og dette blev bekræftet.

Til hovedspørgsmaal 3) svarede vidnet: Vidnet, der har havt befatning med mange byggearbeider og i 1898 selv havde en bygning under opførelse i nærheden af Rud, blev i juni maaned af Peder Berg, som dengang endnu boede i Drammen, anmodet om at forestaa byggearbeidet paa Rud. Henvendelsen herom skede fra Peder Bergs side under et personligt besøg i Kristiania. Vidnet kan ikke nu nøie erindre, hvorledes ordene dengang faldt, men han fik den opfatning, at han skulde forestaa arbeidet lige til huset var fuldt opført. Det var dengang Bergs mening at bo i Drammen, indtil huset paa Rud var færdigt. Vidnet havde gjentagne gange tidligere gjort anskaffelser for Bergs regning og med dennes vidende. At vidnets forhold til byggearbeidet skulde ophøre, efterat Berg var flyttet fra Drammen, havde vidnet ikke hørt noget om. Vistnok var Berg daglig kommen op til Rud, men der var ikke faldt et ord fra hans side om, at vidnet skulde ophøre at forestaa byggearbeidet. Først efterat den her omhandlede leveranse var bestilt, kom det til et brud mellem vidnet og Berg. Denne, der tidligere gjentagende havde ladet falde ytringer om, at byggearbeidet blev dyrere end paaregnet, beklagede sig over kjøbet, idet han mente, at man kunde have faaet bord for en billigere pris. Dette ledede til, at vidnet frasagde sig enhver videre befatning med byggearbeidet.

Bergs sagfører bad vidnet spurgt, om Berg udtrykkelig havde sagt til vidnet, at det skulde have bemyndigelse til at afslutte kontrakter.

Vidnet svarede hertil, at dette ikke udtrykkelig var sagt, men meningen var — hvad ogsaa var udtalt af Berg —, at vidnet skulde forestaa alt vedkommende byggearbeidet.

Paa anledning af Holms sagfører tilføier vidnet, at opgjør med arbeiderne den hele tid fra arbeidets begyndelse og indtil sidste halvdel af oktober var foretaget af vidnet med penge, som Berg ugentlig sendte vidnet. Nogen anden bestilling end den af de under nærværende sag omhandlede bord var ikke foretaget af vidnet efter Bergs flytning fra Drammen, idet der ikke herfor havde været behov.

Holms sagfører bad vidnet spurgt, om vidnet havde seet de af Holm leverede bord, og om han fandt disses beskaffenhed tilfredsstillende.

Vidnet havde kun seet de ca. 20 først leverede læs, der blev benyttede til bordklædning, og havde fundet disse at være gode og tørre. Den senere leverede del af partiet havde vidnet

ikke seet, idet han imidlertid var fratraadt al befatning med byggearbeidet.

Som 2det hovedvidne fremstod Olaus Haugen, 50 aar gammel, formand ved citantens trælasttomt, men forøvrigt parterne uforbunden, edfæstedes efter at være forberedt til edsaflæggelse og svarede;

Til spørgsmaal 4): Ja.

Til spørgsmaal 5): De leverede bord var alle tørre og gode materialer. Det havde paa et par af de dage, da leveransen skede, regnet, men ikke meget stærkt; og vidnet tror ikke, at bordene derved kunde have lidt nogen væsentlig skade.

Bergs sagfører bad i forbindelse hermed vidnet spurgt, om det ikke havde kunnet undgaaes, at leveransen foregik paa de dage, da det regnede.

Vidnet svarede hertil, at naar leveransen skulde være færdig til den aftalte tid 15de oktober, maatte den foregaa saaledes, som den gjorde.

Som 3dje hovedvidne fremstod Henrik Hansen, fast tomtearbeider med ugeløn hos citanten, iøvrigt parterne uforbunden, 39 aar gammel, edfæstedes efter behørig forberedelse.

Der forelagdes ham de samme spørgsmaal som 2det hovedvidne; og han besvarede dem paa samme maade som dette. Vidnet havde ført opsynet med leveransen og deltaget i aflæsningen paa Rud.

Bergs sagfører bad vidnet spurgt om, hvorvidt bordene dersteds anbragtes saaledes, at de under sin henliggen paa Rud kunde have været udsat for fugtighed.

Vidnet svarede hertil, at bordene anbragtes under et skur, hvor de ikke under almindelige forhold kunde være udsat for regn, men da skuret ingen vægge havde, kunde der nok være mulighed for, at bordene led noget i fugtigt veir.

Citantens sagfører begjærede derefter 14 dages udsættelse for at levere indlæg.

Da udsættelsesbegjæringen fandtes begrundet i det passerede, blev

eragtet:

Sagen udstaar til torsdag den 20de april 1899.

Aar 1899 den 20de april blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

foretoges udsat sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For citanten mødte sagfører N. N., der fremlagde indlæg af 19de d. m.

* * *

Replik
i sag Jakob B. Holm mod Peder Berg.

Indstevntes afvisningspaastand er ganske uholdbar. Han har aldrig holdt «dug og disk» i Aker, og at hans indbo befinder sig der, kan efter loven ikke være nok til at begrunde bosted. Der, hvor han ved sagsanlægget tilbragte natten og indtog sine maaltider, maa være hans hjem, uanseet, om han boede der som gjæst eller som betalende pensionær, et moment, som i ingen henseende kan tillægges betydning ved hjemstedets bestemmelse. Modpartens analogi fra det tilfælde, at en person midlertidig er gjæst paa et fremmed sted med bibehold af sin tidligere bolig, er aabenbart ganske misvisende i et tilfælde som nærværende, hvor forholdet er, at indstevnte har opgivet ethvert baand, der knyttede ham til hans tidligere hjemsted.

Med hensyn til realiteten synes sagen efter de nu foreliggende bevisligheder ganske klar. Det fremgaar nemlig af disse:

at Hans Andresen har havt bemyndigelse til at gjøre de for byggearbeidet nødvendige bestillinger, og at denne bemyndigelse ikke ved indstevntes flytning til Kristiania er bleven tilbagekaldt (jfr. 1ste hovedv.),

at bestillingen paa den her omhandlede leveranse er gjort af indstevntes fuldmægtig paa de af citanten paastaaende vilkaar (jfr. 1ste hovedv.),

at bestillingen er bleven opfyldt overensstemmende med ordren, og specielt

at de leverede bord i enhver henseende maa ansees som fuldt kontraktsmæssig vare (jfr. især 2det og 3dje hovedv.).

Ved de sidstnævnte vidners prov er det godtgjort, at bordene var tørre, da de leveredes fra citantens tomt. At der kom endel regn under selve leveringen kan, forsaavidt dette maatte have havt indflydelse paa bordenes beskaffenhed, aabenbart saameget mindre komme citanten til skade, som han for at opfylde aftalen ogsaa maatte levere bordene paa de dage, da det regnede. Endnu mindre kan der paavæltes citanten noget ansvar for, at bordene maatte have lidt noget af fugtighed i den tid, de har henligget paa indstevntes tomt. Det maatte her være dennes sag at tage vare paa dem, og ialfald maa han som den, der var *in mora accipiendi*, bære ansvaret selv for kasuel forringelse. Det af indstevnte optagne skjøn over bordenes nuværende tilstand er derfor i enhver hen-

seende ganske uafgjørende. Naar skjønsmændene tillige har udtalt sig om, hvorvidt der i den tid, bordene har henligget paa indstevntes tomt, har kunnet trænge fugtighed til dem, er deres udtalelser i strid med, hvad 2det og 3dje hovedvidne — som det vil sees under angivelse af gode grunde — har udtalt.

Jeg vedbliver saaledes min tidligere paastand og finder særlig med hensyn til omkostningerne at burde bemærke, at formentlig nærværende sag baade i retslig og faktisk henseende nu fremtræder som saa klar, og at indstevntes fremgangsmaade er stillet i et saadant lys, at han ikke bør undgaa at tilsvare sin modpart processens omkostninger med et klækkeligt beløb.

Kristiania den 19de april 1899.

N. N.,
sagfører.

Til
Kristiania byret.

Fremlagt i Kristiania byret den 20de april 1899.
N. N.

* * *

For indstevnte mødte sagfører N. N., der begjærede 14 dages udsættelse for at besvare det fremkomne indlæg.

Citantens sagfører gjorde opmærksom paa, at han i sit indlæg intet nyt havde anført.

Indstevntes sagfører fastholdt sin begjæring. Han trængte tiden til at granske den passerede vidneførsel saavelsom citantens indlæg.

Eragtet:

Til besvarelse af citantens indlæg udstaar sagen for indstevnte til torsdag den 27de april d. a.

- - - -

Aar 1899 den 27de april blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

foretoges udsat sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For indstevnte mødte sagfører N. N., der fremlagde indlæg af 26de d. m.

* * *

Duplik
i sag Jakob B. Holm mod Peder Berg.

Med hensyn til værnetingsindsigelsen fastholdes i enhver henseende mit tidligere anbragte. Indstevnte har aldrig taget «bolig» i Kristiania; hans ophold paa dette sted er af en rent midlertidig og forbigaaende karakter.

Hvad selve sagens realitet angaar, er de hovedpunkter, hvorfra man ved bedømmelsen maa gaa ud, følgende:

Den, der paastaar, at en person skal være bunden ved en af en anden paa hans vegne afsluttet kontrakt, maa bevise tilværelsen af en bemyndigelse. I nærværende tilfælde har citanten ikke ført noget bevis for, at Hans Andresen, da han afsluttede kontrakten, havde nogen saadan bemyndigelse. Hans Andresens forhold til byggearbeidet var her en raadgivers; men det laa i forholdet, at han i indstevntes fravær varetog hans tarv ogsaa med hensyn til anskaffelser; og naar disse var hensigtsmæssige, var det naturligt, at citanten ikke vægrede sig ved at betale. Men fra det øieblik, indstevnte selv var nærværende, var det en selvfølge, at han alene skulde afslutte de fornødne kontrakter. Indstevnte hævder ogsaa bestemt, at han har sagt dette til Hans Andresen, saa at ingen misforstaaelse burde have været mulig fra dennes side. At indstevnte benyttede Hans Andresen som mellemmand ved udbetaling af arbeidernes løn, er selvfølgelig uden betydning i den her omhandlede henseende, da dette ikke medførte nogen for indstevnte bindende kontraktslutning, men alene var en faktisk bistand, der ydedes ham. Hvad der i 1ste hovedvidnes forklaring maatte staa i strid med den her givne fremstilling af forholdet, benegtes, og kan saa meget mindre komme i betragtning, som vidnet, der vil være ansvarlig for leveransens betaling, hvis det har gjort bestillingen uden fuldmagt, aabenbart har stærk interesse af at fremstille forholdet saaledes, at en saadan fuldmagt skal kunne antages at have været tilstede, hvorfor vidnets udsagn maa betragtes som ganske værdiløst.

Det andet hovedpunkt ved nærværende sags bedømmelse er det, at sælgeren maa have bevisbyrden for, at den leverede vare er fuldt kontraktsmæssig. Denne bevisbyrde har citanten ikke fyldestgjort. Det er efter det af mig optagne skjøn sikkert, at bordene nu er raa og lidet tjenlige som bygningsmaterialer; og det er efter de forholde, hvorunder de har befundet sig paa indstevntes tomt, som ogsaa af skjønsmændene udtalt, klart, at bordene ikke har lidt skade der. Der er saaledes ingen tvil om, at de ved leveransen maa have været daarlige. De forklaringer, der er afgivne af 2det og 3dje hovedvidne, kan ikke paa nogen maade komme i betragtning, for det første fordi disse vidner er i citantens tjeneste og saaledes afhængige af ham (N. L. 1—13—17) og dernæst fordi der her er tale om et skjøn, til hvis afgivelse ikke vidner i almindelighed og allermindst villige vidner er kompetente. Forsaavidt vidnerne har udtalt, at det tildels regnede,

medens leveringen foregik, maa det bemærkes, at i nærværende tilfælde maa sælgeren bære risikoen for enhver forringelse af varen, indtil denne var leveret paa indstevntes byggetomt. Det er varens beskaffenhed ved dens fremkomst til denne, hvorpaa det her alene kommer an.

I henhold til det saaledes anførte fastholder jeg min tidligere paastand.

Kristiania den 26de april 1899. Ærbødigst
N. N.,
sagfører.

Til
Kristiania byret.

Fremlagt i Kristiania byret den 27de april 1899.
N. N

* * *

For citanten mødte advokat N. N. og begjærede 8 dages udsættelse til besvarelse af modpartens indlæg.

Retten fandt den af citantens sagfører for udsættelsen anførte grund fyldestgjørende og

eragtede:

Sagen udstaar for citanten til torsdag den 4de mai 1899.

Aar 1899 den 4de mai blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

foretoges udsat sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

For citanten mødte advokat N. N., der fremlagde indlæg af 2den mai, med hvilket modparten underhaanden var bleven gjort bekjendt.

* * *

Indlæg
i byretssag Jakob B. Holm mod Peder Berg.

I anledning af indstevntes sidste indlæg fastholdes alt mit tidligere i sagen anbragte og benegtes, hvad der i modpartens indlæg er anført i strid hermed. Specielt maa jeg protestere mod, at der tages noget hensyn til indstevntes anførsel i sidste indlæg om, at han udtrykkelig havde sagt til 1ste hovedvidne, at han ingen bemyndigelse havde til anskaffelser, efter at indstevnte selv var kommen fra Drammen. Denne anførsel er ny, idet det i indstevntes første indlæg kun heder, at det var «forudsætningen», at 1ste vidnes befatning med anskaffelser skulde ophøre. Heri ligger tillige, at 1ste vidne havde havt en saadan bemyndigelse, medens fremstillingen i indstevntes

sidste indlæg er ny og afvigende herfra. Det er fra først af indrømmet, og jeg har derhos ført fuldt bevis for, at 1ste vidne havde faaet fuldmagt til anskaffelser, der stod i forbindelse med byggearbeidet; og det faar blive indstevntes sag at bevise denne fuldmagts ophør, men saadant bevis er ikke ført. At varen var kortraktsmæssig, er bevist ved 2det og 3dje vidnes prov. Disse har udtalt, at den regn, der faldt under transporten, ingen betydning kunde antages at have havt; men selv om den havde havt indflydelse, maa dette i et tilfælde som nærværende være citanten uvedkommende, da han var nødt til at levere uden hensyn til, om det regnede. Bevisbyrden for varens kontraktsmæssighed kan forøvrigt ikke erkjendes at paahvile citanten. Indstevnte, der uretmæssig har vægret sig ved at opfylde sine forpligtelser, efterat allerede en større del af bordene uden protest var aflæssede, faar føre dette bevis og burde, naar han havde villet høres med sine indsigelser, sørget for strax at optage et skjøn over varen. Nu efter flere maaneders forløb at optage et saadant, kan aabenbart ikke hjælpe ham. — Jeg indlader sagen med paastand som før.

Kristiania den 2den mai 1899.

Ærbødigst
N. N.,
advokat.

Til
Kristiania byret.

Fremlagt i Kristiania byret den 4de mai 1899.
N. N.

* * *

For indstevnte mødte sagfører N. N., der i anledning af det fremlagte indlæg bemærkede: Naar komparenten i sit forrige indlæg havde anført, at indstevnte havde sagt til 1ste vidne, at han ingen videre befatning skulde have med anskaffelser, laa deri intet nyt, men i det høieste en mere speciel præciseren af, hvad han havde anført i sit første indlæg. Han havde den hele tid hævdet, at 1ste vidne ingen bemyndigelse havde til den her omhandlede anskaffelse. Komparenten benegtede iøvrigt rigtigheden af modpartens sidste indlæg i dets helhed, henholdt sig til sit tidligere og indlod sagen.

Eragtet:

Sagen optages til doms

Aar 1899 den 30te mai blev ret sat o. s. v.

Hvor da:

aflæstes Dom

i sag nr. 46/1899 Jakob B. Holm mod Peder Berg.

Efter forgjæves prøvet forligsmægling har Jakob B Holm ved stevning af 1ste februar 1899 sagsøgt Peder Berg her for retten til betaling af 1500 kroner med renter fra forligsklagen og procesomkostninger, hvilket beløb Berg paastaaes at skylde citanten for et af denne i oktober maaned 1898 leveret parti høvlede bord.

Indstevnte har principalt paastaaet sagen afvist, fordi han mener at være stevnet for et urigtigt værneting. Han har herom anført, at han i august 1898 fraflyttede sit tidligere bosted Drammen. Hans indbo blev da flyttet direkte til den af ham indkjøbte eiendom Rud i Aker, medens han selv og hans hustru midlertidig tog ophold hos en slægtning i Kristiania, indtil det vaaningshus, der var under opførelse paa Rud, blev færdigt. Indstevnte mener efter dette, at Aker er hans rette værneting. Heri kan retten dog ikke give ham medhold. Han har endnu ikke indtraadt i et saadant forhold til Aker, at han kan siges at have sit hjem der; og da han endelig er fraflyttet Drammen, maa han, saa længe han opholder sig i Kristiania, ogsaa der have sit værneting, uden at det kan komme i betragtning, at han ikke agter at forblive der.

Med hensyn til realiteten har indstevnte reist følgende tvende indsigelser mod søgsmaalet:

1) At det omhandlede parti bord er bestilt for hans regning af en person, som dertil ikke har havt nogen bemyndigelse.

2) At bordene ikke har været kontraktsmæssig vare.

Retten skal særskilt omhandle hver af disse indsigelser:

Ad 1) Det er paa det rene, at bordene blev bestilt paa indstevntes vegne af 1ste hovedvidne, Hans Andresen. Denne var af indstevnte antaget til at bistaa ham ved byggearbeidet paa Rud; men om den stilling, Andresen herunder indtog, hersker der uenighed mellem parterne. Citanten paastaar, at Andresen havde bemyndigelse til at indgaa alle ved byggearbeidet foranledigede kontrakter, medens indstevnte hævder, at Andresen, ialfald efter at indstevnte i august var flyttet fra Drammen og selv daglig tilsaa arbeidet, ingen selvstændig bemyndigelse havde til at forpligte ham. Andresen har, efter hvad han som vidne har forklaret, havt samme opfatning af sin stilling som den af citanten hævdede. Han havde ogsaa gjentagne gange gjort anskaffelser for Bergs regning og med dennes vidende. Dog var ikke nogen saadan forekommet efter Bergs ankomst til Kristiania. Han var, siger han, antagen til at udføre alt vedkommende byggearbeidet; og uagtet han ikke kan erindre, i hvilke ordelag aftalen mellem ham og Berg blev truffen, havde han den opfatning, at han skulde forestaa arbeidet, ligetil det blev færdigt. Han havde ikke hørt noget om, at hans bemyndigelse skulde ophøre, da Berg

selv kom til Kristiania, før det, efter at den under sagen omprocederede bestilling var gjort, kom til et brud mellem dem.

At Andresen, der som bygningskyndig mand var antagen til at forestaa det hele byggearbeide, var bemyndiget til de anskaffelser, der regulært foranledigedes ved byggearbeidet, synes at ligge i forholdets natur og er egentlig heller ikke bleven bestridt af Berg i dennes første indlæg. Først i et senere indlæg har han mere bestemt hævdet, at Andresens stilling udelukkende var en raadgivers. At denne bemyndigelse skulde ophøre ved, at Berg selv kom til Kristiania, kan ikke antages selvfølgeligt; og det er ikke af Berg bevist, at nogen udtrykkelig tilbagekaldelse har fundet sted, før den heromhandlede bestilling blev gjort. Han har i sit første indlæg endog alene anført, at det var «hans forudsætning», at bemyndigelsen skulde ophøre fra nævnte tidspunkt; og hans senere anførsel om, at han positivt havde udtalt dette for Andresen, kan ikke komme i betragtning mod citantens protest.

Hvorvidt Andresen har tilsidesat skyldigt hensyn til Berg ved ikke at spørge ham, før bestillingen blev gjort, er et andet spørgsmaal; men dette berører ikke Andresens bemyndigelse i forhold til tredjemand.

Retten maa saaledes gaa ud fra, at indstevntes første indsigelse mod søgsmaalet er ugrundet.

Ad 2) Angaaende beskaffenheden af de leverede bord foreligger der paa den ene side et af indstevnte under sagen optaget skjøn, der udtaler, at bordene vistnok ikke kan anses utjenlige som bygningsmaterialer, men at de aabenbart har lidt endel af fugtighed, og paa den anden side vidnesbyrd af tvende af citantens folk (2det og 3dje hovedvidne), der forestod leveringen, og som har udtalt, at de leverede bord alle var tørre og gode materialer. Skjønsmændene har yderligere udtalt, at, forsaavidt bordene den hele tid siden deres levering havde befundet sig i det skur, hvor de henlaa under sagen, kunde det ikke antages, at de der havde været udsat for direkte paavirkning af fugtighed. Derimod har 3dje hovedvidne udtalt, at, da skuret ingen vægge havde, kunde der nok være mulighed for, at bordene led noget i fugtigt veir. 2det og 3dje hovedvidne har forklaret, at det paa et par af de dage, da leveransen skede, havde regnet, dog ikke meget stærkt; og vidnerne tror ikke, at bordene derved kan have lidt nogen væsentlig skade.

Retten gaar ved sagens bedømmelse ud fra, at citanten maa have bevisbyrden for, at varen, da den leveredes, var kontraktmæssig; men den maa efter omstændighederne anse dette tilstrækkelig godtgjort. De foreliggende oplysninger giver, tilsammentagne, ikke indtrykket af, at bordene har lidt mere

af fugtighed end, hvad der kan antages at være følgen af deres henliggen i et aabent skur i forbindelse med, at det regnede under leveringen. Men begge disse omstændigheder maa være citanten uvedkommende: den første, fordi bordene efter leveringen aabenbart laa paa indstevntes risiko, den sidste fordi, efter hvad der er oplyst, leveringen ifølge selve aftalen maatte foregaa uafbrudt, saa at citanten ikke havde det i sin magt at stanse leveringen paa regnveirsdage. Hvorvidt han kan antages at have havt det i sin magt og have været forpligtet til at hindre regnets indvirkning ved anvendelse af pressenninger eller lignende, skal retten ikke udtale sig om, da dette punkt under procedyren ikke er berørt.

Retten kommer efter det anførte til det resultat, at indstevnte maa dømmes til at betale det paastaaede beløb med renter fra forligsklagen den 10de novbr. 1898, indtil betaling sker.

Efter sagens beskaffenhed antager retten tillige, at indstevnte bør tilpligtes at tilsvare citanten processens omkostninger med et beløb af efter omstændighederne 300 kroner.

Ti kjendes for ret:

Peder Berg bør til Jakob B. Holm betale 1500 — femten hundrede — kroner med 4 — fire — af hundrede i aarlig rente deraf fra 10de novbr. 1898, indtil betaling sker, samt nærværende søgsmaals omkostninger med 300 — tre hundrede — kroner.

At efterkommes inden 15 — femten — dage efter denne doms lovlige forkyndelse under adfærd efter loven.

N. N. N. N. N. N.

(Assessorernes underskrifter.)

For sagen betalt:

Behandling	kr. 20,00
Beskrivelse, 10 ark à kr. 0,80	« 8,00
	kr. 28,00

N. N.
justitssekretær.

TREDJE KAPITEL

CIVILPROCESRETTENS KILDER, HISTORIE OG LITTERATUR

§ 12.

CIVILPROCESRETSKILDERNES HERREDØMME I TID[1].

I. Proceslovene behersker alle de efter deres ikrafttræden faldende processer, selv om det materielle retsforhold, der udgjør processens gjenstand, er af ældre oprindelse. Den subjektive privatrettighed har aldrig til indhold en bestemt form for retsbeskyttelse. Den berettigede har altid kun et krav paa retsbeskyttelse efter de til enhver tid herfor gjældende regler.

Det opstillede princip kommer derfor til anvendelse ikke blot paa forskrifter, der indfører nye former for forhandlingen (mundtlighed istedetfor skriftlighed, afskaffelse af summarisk proces[2]) eller nye domstole, men ogsaa forskrifter om processuel handledygtighed, om bevis, om exekution[3]. Specielt de to sidste forhold har givet anled-

[1] Jfr. Aschehoug Norges nuværende Statsforfatning III kap. 60 §§ 83 ff.; Morgenstierne Den norske statsforfatningsret p. 661—3; Wach Handbuch § 18.

[2] Betvivles af Aschehoug (l. c. p. 235) for vexelsager.

[3] Jfr. foran p. 24—25.

ning til tvivl. Man har saaledes ment[4], at en regel som N. L 5—1—6 om benegtelsesed ikke skulde kunne ophæves med virkning for ældre forhold, ligesom heller ikke reglerne om bevisbyrde efter enkeltes mening skulde kunne forandres med virkning for saadanne forhold[5]. Dette kan dog ikke antages; bevisreglerne, indbefattet reglerne om bevisbyrdens fordeling, er kun til for at faa sandheden opklaret; de er ikke bestanddele af den materielle ret, om de end er af væsentlig betydning for dennes realisering og derfor af parterne ofte tages i betragtning ved indgaaelsen af et retsforhold. Billighed kan derfor ofte tilsige, at loven ikke gives anvendelse paa ældre retsforhold; men de private har ikke mere her end ellers noget *jus quæsitum* paa, at staten skal give ret i visse bestemte former[6].

Det samme gjælder reglerne om exekution, skjønt det ogsaa her i mange tilfælde kan stille sig saaledes, at vedkommende rettighedshaver vil kunne lide et føleligt afbræk i sin retsnydelse ved forandrede exekutionsregler. Saaledes vilde en lov, der afskaffede adgangen til udpantning eller til afsætning ligesaavel kunne gjøres anvendelig paa ældre forhold som en lov, der indførte mere summariske former for exekution (f. ex. l. 8 sept. 1842 § 5). Ogsaa de saakaldte *privilegia exigendi* (konkursprivilegier) er processuelle bud, der kan forandres med virkning for ældre fordringer. En ret til at se fordringen fyldestgjort i en vis fortrinsrække erhverves først ved exekutionens indledning (konkursens aabning)[7]. Derimod er, som bemærket i § 3, reglerne om undtagelse fra exekution af civilretslig art, da de medfører en virkelig indskrænkning i selve debitors ansvar; og nye love herom er derfor ikke anvendelige paa fordringer, stiftede før lovens ikrafttræden[8].

[4] Se Aschehoug l. c. p. 224.

[5] Ørsted Haandbog I p. 234.

[6] Wach Handbuch p. 213 note 7.

[7] Jfr. Aschehoug l. c. p. 232; Ørsted Haandbog I p. 242—4; l. 20 aug. 1842, der ophævede prioriteten for haandskriftskrav efter N. L. 5—13—36, blev gjort anvendelig i alle boer, der overtoges af skifteretten efter 30 juni 1843.

[8] Se l. 29 marts 1890 (jfr. l. 27 juli 1896 nr. 6) § 10, der er affattet overensstemmende hermed.

II. De før en ny proceslovs ikrafttræden allerede fuldbyrdede proceshandlinger beholder sine virkninger. Dette gjælder ikke blot en hel, fuldstændig afsluttet proces, men ogsaa de enkelte led af en saadan. En ny proceslovs forhold til de verserende processer[9] lader sig derfor bestemme saaledes, at de engang fuldbyrdede processkridts virkninger bliver uberørte, men at de skridt, der foretages efter lovens ikrafttræden, beherskes af den nye lov. Naar saaledes sag er anlagt, vil de virkninger, som den ældre lov knyttede til sagsanlægget, beholde sin gyldighed. Dette gjælder ikke blot sagsanlæggets virkninger paa det materielle retsforhold, men ogsaa de processuelle virkninger, f. ex. adgang til sagsanlæg i denne eller hin form (søgsmaalskumulation, interventions tilstedelighed o. lign.). Er ed paalagt i en dom, før en ny lov, som forbyder ed i denne form, udkommer, bliver den alligevel at aflægge. Er der afsagt en dom, som efter den ældre ret for et vist andet forhold er *res judicata*, men ikke er det efter den nye lov, bliver forholdet at bedømme efter den ældre. Derimod bliver spørgsmaalet om, hvilke retsmidler der staar til parternes forføining i henseende til angreb paa en dom, at afgjøre efter den nye lov (selve spørgsmaalet om dommens rigtighed derimod selvfølgelig efter den ældre lov).

Nye processuelle frister bliver at anvende ogsaa paa verserende sager, selv om de indeholder en forkortelse[10]. Er fristen allerede udløben under den ældre lov, kan naturligvis ingen forlængelse ved en ny lov virke tilbage. Er fristen afbrudt ved en handling, der efter den ældre lov havde denne virkning, men som ikke har det efter den nye lov, følger det af det foran bemærkede, at afbrydelsen maa bevare sin virkning[11].

De efter en ny lovs ikrafttræden foretagne processuelle

[9] Se Aschehoug l. c. p. 221; jfr. ogsaa Forelæsningerne over straffeproces p. 103.

[10] Jfr. l. 4 juni 1892 § 43, nr. 3 og 5.

[11] Jfr. l. 4 juni 1892 § 43, nr. 4.

handlinger bliver at bedømme efter denne baade i henseende til virkninger[12] og former (mundtlig eller skriftlig).

De her fremstillede, af sagens natur udledede regler kan i mange tilfælde let fremkalde uklarhed og forvirring. I almindelighed indeholder derfor nye proceslove udtrykkelige forskrifter om, i hvilken udstrækning loven skal have indflydelse paa de allerede tidligere anlagte, men ikke afsluttede processer, saaledes f. ex. l. 8 mai 1869 § 16; strpl. § 492; l. 4 juni 1892 § 43. Søf.l. 20 juli 1893 § 333 gjør det afhængigt af kongens bestemmelse, i hvilken udstrækning de i loven indeholdte nye processuelle forskrifter skal anvendes paa sager, der er iretteførte før lovens ikrafttræden[13].

§ 13.

PROCESRETSKILDERNES HERREDØMME I RUMMET[1].

I. Spørgsmaalet om procesretskildernes saakaldte stedlige herredømme vil navnlig kunne opstaa dels derved, at udlænding er part i en proces, dels derved, at en her i riget ført proces kan bygge paa rettergangsskridt, foretagne i udlandet (saasom forkyndelser, bevisoptagelser), dels at en proces, der føres i udlandet, kan gjøre det fornødent, at visse rettergangsskridt foretages her i riget. Det spørgsmaal, som i alle disse tilfælde opstaar, er,

[12] En ny lov, der ophæver eventualmaximen, vil dog selvfølgelig ikke kunne bevirke, at de efter den ældre lov bortprocederede angrebs- eller forsvarsmidler nu kan anvendes.

[13] Se kgl. res. af 21 mai 1894.

[1] Ørsted Over de grundsætninger, hvorefter vore domstole kunne tage fremmede love i betragtning (Eunomia IV) §§ 22 og 23; A. W. Scheel Privatrettens alm. del (1865) § 80; Getz i Zeitschrift für intern. Privat- und Strafrecht I p. 255—6 og 414; Wach Handbuch § 19; Lammasch i Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts III p. 345 ff.; v. Bar Theorie und Praxis des intern. Privatrechts (1889) II § 412, hvor yderligere litteratur findes anført. Se ogsaa de resolutioner af *institut de droit international*, der er meddelte i dennes *Annuaire* I p. 80 og 90; II p. 44 og 150; III p. 86 og 96; XVIII p. 288.

om de almindelige procesregler i de nævnte anvendelser undergaar ændringer, hvorved i større eller mindre udstrækning hensyn tages til udlandets retsregler.

Hovedsynspunktet maa her være, at retshaandhævelsen som en statsfunktion kun kan udøves efter statens egne love; og det kan i denne henseende ingen forskjel gjøre, om det er udlændinge eller indlændinge, der er processens parter. Hvor vedkommende rettergangsskridt hovedsagelig har sin betydning som et akcessorisk led i en udenlandsk rettergang, vil det dog ikke være uforeneligt hermed, at der lempes paa mindre væsentlige rettergangsregler af hensyn til det steds lovgivning, hvor hovedprocessen føres.

Paa den anden side er det naturlige modstykke til den angivne hovedregel, at den i udlandet foretagne rettergangshandling bliver at bedømme efter udenlandsk lovgivning, og at ogsaa indenlandske domstole har at anerkjende dens retslige gyldighed og virksomhed, naar den tilfredsstiller denne lovgivnings fordringer.

Disse hovedgrundsætninger skal i det følgende kortelig belyses i anvendelsen paa de vigtigste grupper af processuelle regler.

II. Det princip, at en stats suverænitet omfatter myndigheden til inden statens omraade ogsaa at øve retshaandhævelse for og mod udlændinge, er ikke ligesaa gammelt som selve det internationale retssamkvem. Den historisk oprindelige opfatning er meget mere den, at statens retspleie udelukkende er til for statens egne borgere, og at de fremmede vedbliver at staa under sit eget lands myndigheder. Af denne opfatning udviklede sig i middelalderen de hanseatiske kontorers og konsulernes jurisdiktion. Med staternes stigende tillid til hinandens retspleie og en rigtigere erkjendelse af statssuverænitetens væsen er denne extraordinære jurisdiktion ligeoverfor udlændinge forsvunden inden de civiliserede, kristne staters folkeretssamkvem. Derimod er den bleven staaende igjen i de orientalske lande, hvis retsforfatning ikke endnu har frembudt tilstrækkelige garantier for en retspleie, der staar paa høide med civilisationens fordringer, og som derfor

ogsaa de kristne staters undersaatter trygt kan underkaste sig[2].

Denne særjurisdiktion, som saaledes de kristne stater udøver i orienten, hviler oprindelig paa en række saakaldte kapitulationer[3], d. e. traktater afsluttede med muhamedanske sultaner (den første af 1535 mellem Franz I og Soliman II). Til disse er i nyere tid komne enkelte lignende traktater med asiatiske og afrikanske stater.

For Norges vedkommende er de hidhørende traktater følgende:

1) Traktat mellem Danmark-Norge og den høie Port af 25de februar 1757 (bekræftet ved art. 1 i handelstraktaterne mellem Tyrkiet og Norge og Sverige af 31 januar 1840 og 5 marts/21 februar 1862)[4]. Denne traktat gjælder ogsaa for Ægypten; men i dette land er den konsulære jurisdiktion bleven stærkt begrænset ved de siden 1876 virkende blandede domstole, der har faaet jurisdiktion i den største del af de tidligere under konsulerne henlagte sager, og som maa betragtes som ægyptiske myndigheder, da deres medlemmer udnævnes af kediven, om end efter for-

[2] Hovedværkerne om denne særegne jurisdiktion i orienten er Feraud-Giraud *De la juridiction française dans les échelles du Levant et de la Barbarie* (1866) og F. Martens Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient (tysk oversættelse efter den russiske original) 1874. Se ogsaa v. Liszt Völkerrecht (2den udg. p. 125 ff.); G. Gram Om justitsreformen i Ægypten i Retst. 1878 p. 337 ff. jfr. samme i Retst. 1880 p. 352 ff. og Förslag till författningar om svensk och norsk konsularjurisdiktion jemte förklaringer och motiv (afgiven i 1886 af en kombineret norsk-svensk komite) p. 101 ff

[3] *Capitulatio* betegner i middelalderens latin en akt, der indeholder flere *capitulæ* eller *capita*; se Ducange *Vocabularium medii ævi latinitatis s. h. v.*

[4] Med hensyn til de senere fra Tyrkiet udskilte landomraader bemærkes: For Bulgarien gjælder kapitulationerne endnu. Derimod har Rumænien efter sin uafhængighedserklæring i 1877 sat dem ud af kraft uden modstand fra magternes side. Det samme er skeet for de i 1880 til Østerrige-Ungarn afstaaede Bosnien og Herzegowina samt for det ved Berlinertraktaten af 1877 til England afstaaede Cypern. For Serbiens vedkommende er konsularjurisdiktionen traktatmæssig i det væsentlige opgiven (konvention af 6 januar 1883 art 25).

slag af de staters regjering, der er repræsenterede i domstolen[5].

2) Traktat mellem Danmark-Norge[6] og Tripolis af 22 januar 1752 og

3) mellem de samme lande og Marokko af 25 juli 1767

De ældre traktater om konsularjurisdiktion med Algier og Tunis er bortfaldt for det første lands vedkommende ved dets erobring af og indlemmelse i Frankrige, for det sidste land ved deklarationen af 11 sept. 1897, hvorved de med Frankrige bestaaende traktater udstraktes til at gjælde Tunis.

4) Traktat mellem Norge og Sverige og Kina af 20 marts 1847,

5) med Siam af 9 novbr. 1869[7],

6) med Persien af 17 novbr. 1857[8] og

7) med Kongostaten af 10 februar 1885[9].

I Japan er konsularjurisdiktionen ophævet ved traktat af 1 mai 1897.

Den heromhandlede jurisdiktion kommer først og fremst til anvendelse i alle civile sager mellem fremmede undersaatter. Er disse af forskjellig nationalitet, bestemmes jurisdiktionen ved sagvolderens nationalitet. Efter de med det ottomanske rige sluttede kapitulationer hører dog alle tvistigheder om fast eiendom under indenlandsk domstol. Forsaavidt angaar sager mellem indlændinge og fremmede, er traktaternes bestemmelser forskjellige. De nyere traktater med de asiatiske stater undtager fra de indenlandske domstoles kompetens alle sager, hvor en af traktatmagternes undersaatter er sagvolder. De ældre ottomanske kapitulationer gaar derimod ikke saa vidt, men tilsikrer de fremmede undersaatter visse særlige begunstigelser, naar de er sagvoldere (bevis skal alene føres

[5] Se nærmere Gram l. c. p. 344 ff.; v. Liszt p. 145—8.

[6] At de med det dansk-norske monarki afsluttede traktater af denne natur ogsaa efter statsforbindelsens ophør i 1814 blev gjældende for Norge, se Aschehoug Norges nuv. statsforfatning I p 153—5.

[7] I Anam og Tonkin har Frankrige i 1884 ophævet konsularjurisdiktionen uden at møde modsigelse fra magternes side.

[8] De forenede riger har for tiden ingen konsuler i Persien.

[9] v. Liszt l. c. p. 129 anser denne traktat bortfalden ved Kongostatens indtrædelse i det europæiske folkeretssamfund.

ved skrift, dom alene kunne afsiges, naar de fremmede har været bistaaet af konsulatets dragoman, tvistigheder af en vis værdi er henlagte umiddelbart under den keiserlige divan)[10]. Lige med traktatmagternes undersaatter behandles ogsaa deres «protegéer», hvilket støttes dels paa sædvane dels paa konventioner (se f. ex. med Marokko af 3 juli 1880). Til protegéer regnes bl. a undersaatter af en paa pladsen ei repræsenteret magt, der har traktatmæssig krav paa exterritorialitet. Foruden civile sager omfatter særjurisdiktionen ogsaa straffesager angaaende forseelser, begaaede af traktatmagternes undersaatter, samt derhos visse anliggender, henhørende til den frivillige retspleie (særlig dødsboforvaltning).

III. Hvem der kan optræde som part i en proces (partshabilitet)[11], afgjøres efter processtedets love. Forsaavidt imidlertid procesevnen er afhængig af retsevnen, bestemmes den sidste efter personens hjemsteds[12] love. For juridiske personers vedkommende vil saaledes spørgsmaalet om, hvorvidt der foreligger et selvstændigt retssubjekt, blive at afgjøre efter deres hjemlands love[13].

Efter enkelte landes lovgivning er en udlændings adgang til at optræde som sagsøger betinget af, at han stiller modparten sikkerhed for procesomkostningerne. Dette gjælder ikke efter vor ret; og ved traktat af 27 april 1899 art 11 har Norge ligeoverfor de øvrige traktatmagter[14] fraskrevet sig adgangen til ligeoverfor disses undersaatter at opstille et saadant krav.

[10] Se det foran anførte «Förslag till författningar etc.» p. 128—9.

[11] Jfr. om dette begreb nedenfor § 43, III.

[12] Om der ved en persons hjemsted skal forstaaes det land, hvor han har sin bolig (*domicilium*). eller det, hvor han efter sin nationalitet (statsborgeregenskab) hører hjemme, er et i den internationale ret omtvistet og i de forskjellige lande forskjellig besvaret spørgsmaal. Efter norsk ret er domicilet afgjørende.

[13] Jfr. beslutninger af *institut de droit int*, fattede paa dets møde i Kjøbenhavn 1897 (*Annuaire* XVI p. 307).

[14] De magter, der foruden Norge har underskrevet denne saakaldte Haagerkonvention, er: Sverige, Danmark, det tyske rige, Østerrige, Ungarn, Rusland, Belgien, Frankrige, Italien, Luxemburg, Nederlandene, Schweiz, Rumænien, Spanien og Portugal.

Forskjellig fra partshabiliteten er proceshabiliteten (nedenfor § 44) eller evnen til selvstændig at kunne reise eller modtage søgsmaal. Denne evne beror paa den almindelige juridiske handledygtighed, der bestemmes efter vedkommende persons hjemsteds love. Da f. ex. i Danmark fuldmyndighed først indtræder ved 25 aars alderen, vil en 24 aar gammel dansk mand ikke her i Norge uden kurators samtykke kunne føre proces om sine formueretslige krav [15].

Adgangen til at opnaa fri retshjælp staar hos os i lige grad aaben for udlændinge som for indlændinge[16]; og denne ligestillethed er ved traktaten af 27 april 1899 fastslaaet som pligt for de stater, der har tiltraadt denne.

IV. De processuelle handlinger retter sig med hensyn til betingelser og former efter det lands lovgivning, hvor de er foretagne, med hensyn til virkningerne efter det lands lovgivning, hvor de skal benyttes.

1) I anvendelse paa forkyndelser i udlandet er dette princip udtalt i l. 4 juni 1892 § 8: «Har vedkommende bekjendt bopæl i udlandet, sker forkyndelsen — — paa den ved stedets love hjemlede maade» [17].

Skal der til brug for en proces, der føres i udlandet, foretages en forkyndelse her i riget, vil denne blive at udføre paa den i den citerede lovs kap. 1 omhandlede maade. Foregaar imidlertid rettergangen i et land, hvis lovgivning som f. ex. den engelske tilsteder, at forkyndelser sker i form af private meddelelser, maa de kunne iværksættes paa samme maade her i landet, da vor lovgivnings regler

[15] Se derimod Udk. til r. l kap. III § 4: «Paa udlændinge kommer, naar der er uoverensstemmelse mellem hans hjemlands og den her i riget gjældende lov, den lov til anvendelse, der medfører den videstgaaende adgang til selvstændig at reise og modtage søgsmaal.» Lignende bestemmelse findes i den tyske civilproceslov § 55 og den østerrigske § 3. Dens berettigelse bestrides med megen styrke af v. Bar l. c. p. 388, note 4; se ogsaa Wach l. c. p. 548.

[16] Anden del p. 465.

[17] Jfr. Udk. t. d. o. § 165 3dje led, der forsaavidt har samme regel. Jfr. ogsaa traktat af 27 april 1899 art. 1—3. — Om forkyndelse i udlandet se forøvrigt nærmere nedenfor i § 77.

om forkyndelser ikke kan opfattes som et udtryk for, at disse under alle omstændigheder maa være øvrighedshandlinger, men kun anordner, i hvilke former de maa foretages for at kunne benyttes i norsk rettergang eller i en udenlandsk rettergang, der ligesom den norske forudsætter, at forkyndelserne udføres af offentlige tjenestemænd.

Virkningen af en forkyndelse bliver altid at bedømme efter processtedets lov (*lex fori*), og det saavel i civilretslig henseende (saaledes i henseende til afbrydelse af præskription, frugter, renter), men ogsaa i procesretslig henseende (f. ex. virkningerne af indstevntes udeblivelse). En stevning kan ved at forkyndes i udlandet i saa henseende aldrig faa større, men heller ikke mindre virkninger end de, der tilkommer en i indlandet forkyndt stevning. En i udlandet indledet proces kan aldrig medføre den virkning for indenlandske domstole, at disse uden videre skulde kunne overtage sagen i den stilling, hvori den der var bragt.

2) Med hensyn til bevis opstaar særlig følgende internationalretslige spørgsmaal:

a) Har det nogen indflydelse paa de bevisretslige regler, at det retsforhold, der er sagens gjenstand, i henseende til sin materielretslige bedømmelse er underkastet et andet lands lovgivning? Naar f. ex. norske domstole har at bedømme en i Frankrige afsluttet kontrakt, har de da i henseende til spørgsmaalet om, hvilke bevismidler er tilstedelige, og hvorledes deres vægt skal bedømmes (man tænke f. ex. paa handelsbøgers og notarialakters beviskraft), at lægge fransk lovgivning til grund? Det rette er vistnok — overensstemmende med, hvad der er udviklet i § 3 om forholdet mellem privatretslige og procesretslige regler — at lade bevisreglerne rette sig efter *lex fori*, dog med undtagelse af saadanne regler, der for visse retsforhold foreskriver bestemte beviser, og som nærmest synes at maatte bedømmes efter samme synspunkt som regler om kontraktsformer (f. ex. den franske rets regel om, at vidnebevis er udelukket ligeoverfor kontrakter af en vis værdi, mange landes regel om, at personlige rets-

forhold alene kan bevises ved visse arter offentlige dokumenter)[18].

b) Undergaar reglerne om betingelserne og formerne for en bevisoptagelse nogen ændring af hensyn til, at beviset skal benyttes under rettergang i et andet land end det, hvor det optages? I denne henseende bemærkes som principielt udgangspunkt for bedømmelsen: Optagelse af bevis er forsaavidt udøvelse af jurisdiktionsmyndighed, som den medfører en tvang for visse personer til at forklare sig og beedige eller paa anden maade høitidelig bekræfte sine udsagn. Denne jurisdiktionsmyndighed kan regelmæssig kun udøves α) af vedkommende lands egne judicielle myndigheder og β) i de former, der overhovedet i dette land er foreskrevne for judicielle akter af denne art. Med hensyn til den første af disse sætninger bemærkes, at det selvfølgelig intet er til hinder for, at privatpersoner modtager forklaringer af personer, der frivillig afgiver saadanne; i almindelighed er det heller ikke udelukket, at disse beediges[19]. Herpaa beror det, at i udlandet norske konsuler, selv hvor de ikke har jurisdiktion, optager bevis; men dette har ikke karakteren af judicielt bevis, med mindre loven udtrykkelig ligestiller det hermed[20].

Fra den under β) opstillede sætning har l. om retsanmodninger af 28 juni 1897 gjort visse afvigelser, hvoraf den vigtigste er den i § 7 (jfr. traktaten af 1899 art. 11)

[18] Spørgsmaalet er tvivlsomt og omtvistet. Medens den engelske jurisprudents altid lader *lex fori* være afgjørende (se Phillimore *Commentaries upon international law* IV §§ 917 ff.), lader den franske procesgjenstandens hjemsteds lov være afgjørende (se Weiss *Traité élémentaire de droit int. privé, 2 éd.* III p. 727), og dette standpunkt har faaet udtrykkelig stadfæstelse i den italienske civillov art. 10, 2det led, ligesom det er tiltraadt af *institut de droit int.* (*Annuaire* II p. 44; se dog om *actes notariés* XVII p. 144). Se forøvrigt om spørgsmaalet ogsaa v. Bar l. c. p. 375 ff.

[19] I enkelte lande er dog private eder forbudte; se v. Bar l. c. p. 370, note 9.

[20] Jfr. om søforklaringer for konsuler søfl. 20 juli 1893 § 40; jfr. konsulatloven af 15 juni 1878 § 2; res. 5 mai 1888 samt konsulatforordn. 4 novbr. 1886 § 84.

omhandlede: Er i den fra en udenlandsk domstol udgaaede anmodning om bevisoptagelse nogen særskilt form eller fremgangsmaade forlangt iagttaget, skal dette, saavidt mulig, ske, med mindre dens iagttagelse maatte være at anse som forbudt efter norsk ret. Iøvrigt vil reglerne om bevisoptagelse til brug for udenlandsk rettergang blive nærmere fremstillet i læren om bevis (se § 98).

c) Hvilken beviskraft skal der tillægges et i udlandet optaget bevis? I denne henseende maa altid *lex fori* være afgjørende.

Derimod bliver spørgsmaalet, om der foreligger et i henseende til formerne gyldigt bevis, at besvare efter det steds lovgivning, hvor bevisoptagelsen har fundet sted[21]. Hvor der hersker fri bevisbedømmelse, vil det dog ikke hermed være uforeneligt, at domstolen efter et friere skjøn vurderer, hvorvidt f. ex. vægten af et vidnes eller en sagkyndigs udsagn kan antages at svækkes ved, at det ikke er fremkommet under iagttagelsen af de former, som den indenlandske lovgivning fordrer for de i indlandet optagne tingsvidner og skjøn[22].

V. En særlig fremtrædende betydning har spørgsmaalet om, hvilken virkning der tilkommer en i udlandet afsagt dom[23].

Sikkert er det, at en saadan dom ikke her er

[21] Se om offentlige dokumenter nedenfor §§ 124 og 125; Udk. til r. l. kap. XVIII § 14. Jfr. videre Retst. 1872 p. 841 (om et i England optaget affidavit), 1897 p. 485 (om et i Belgien optaget skjøn).

[22] At et i udlandet optaget bevis i formel henseende tilfredsstiller indlandets lovgivning, vil omvendt ikke uden videre kunne ansees for at afhjælpe de mangler, hvoraf beviset efter optagelsesstedets lov maatte lide, da det f. ex. er denne lov, der bestemmer, hvorvidt en vidneforklaring, en partsed o. lign. medfører ansvar for vedkommende, hvilket atter er af betydning for bevisets vægt; jfr. v. Bar l. c. p. 374 med note 20. Afvigende den tyske civilproceslov § 369.

[23] Ørsted Eunomia IV p. 127; Schweigaard II p. 209—10; Lasson Appel i civile sager p. 370 ff.; Getz i Zeitschr. f. int. Privat- und Strafrecht I p. 255—6; Odelst. prop. nr. 18 for 1897 p. 11; Nellemann Læren om exekution p. 25 ff.; Forhandlinger paa det syvende nordiske juristmøde (1890) p. 67—94 og Bilag V; Wach l. c. p. 223 og v. Bar p. 413 og den i disse skrifter citerede fremmede litteratur.

exigibel[24]. Derimod maa det antages, at den her besidder retskraft, saaledes at a) vore domstole uden videre har at betragte en saadan dom som *res judicata*, naar der for dem reises et krav, der staar i strid med den, b) vore domstole uden nærmere prøvelse af, om den udenlandske dom er velgrundet efter vore love, har paa forlangende at lægge den til grund for en ny dom, som kan exekveres[25]. Dette spørgsmaal er i de forskjellige lande besvaret yderst forskjelligt. I enkelte lande besvares det benegtende (saaledes af den herskende teori og praxis i Frankrige[26], i Holland og Belgien), i andre bekræftende (Italien); i andre er spørgsmaalet omtvistet (England og Nordamerika, hvor der ikke findes nogen lov, men hvor dog ansete jurister har taget ordet for en bekræftende besvarelse); i andre er den udenlandske doms retskraft betinget af gjensidighed (saaledes i Østerrige og i Tyskland).

Hos os haves ingen lovbestemmelse; men den almindelige opfatning i teorien tillægger udenlandske domme retskraft; og dette er ogsaa antaget i retsbrugen[27].

[24] Efter svensk initiativ foresloges i 1857 en gjensidig lov om fuldbyrdelse i det ene land af det andet lands domme, men stortinget forkastede dette forslag. Efter lappeloven 2 juni 1883 § 22 kan dog de der omhandlede domme, afsagte af svensk domstol, exekveres her i riget.

[25] Det sidste spørgsmaal vil paa grund af vore regler om værneting væsentlig kun faa praktisk betydning i det tilfælde, at dommen i udlandet er afsagt over en Normand.

[26] Afvigende Durand *Essai de droit international privé* 1884 p. 465.

[27] Se Retst. 1849 p. 113; 1899 p. 391 ff. (især p. 392); 1901 p. 217. Navnlig er den paa det førstnævnte sted meddelte dom, som høiesterets voteringsprotokoller viser, efter sin begrundelse et temmelig rent præjudikat. Den er forøvrigt af andre grunde urigtig. Den angik følgende tilfælde: En person havde i Frankrige faaet dom for sin berettigelse til at sælge et til ham pantsat skib ved auktion. Efter at dette salg var fuldbyrdet, lod en bedre prioriteret panthaver skibet sælge her i Norge; og kjøberen ved den sidste auktion forlangte skibet udleveret af kjøberen ved den franske auktion. Dette forlangende blev ikke givet medhold af høiesteret. Her synes imidlertid under ingen omstændigheder at foreligge *res judicata*, da den franske dom jo ligesaalidt som en norsk dom kunde binde tredjemand. — Udk. til d. o. § 255 indeholder følgende bestemmelse: «Retskraftig dom, afsagt af udenlandsk domstol angaaende tvistemaal, besidder retskraft her i landet. Dog gjælder dette ikke, naar: 1) sagen efter norsk ret udelukkende hørte under norsk domstol, eller

Dette standpunkt er ogsaa det principielt rigtigste, idet den samme betragtning, der leder til i visse tilfælde her i riget at anerkjende fremmede retsregler, ogsaa maa lede til det samme resultat for fremmede retsafgjørelsers vedkommende. Derved gives udtryk for den mellem staterne bestaaende solidaritet paa retshaandhævelsens omraade: Den ene stats retshaandhævelse bør først begynde der, hvor den andens ophører; og er der allerede ved et statsorgan foretaget en fastsættelse af retsforholdet, vilde retshaandhævelsen svækkes, ikke styrkes ved, at dette paany skulde kunne rippes op, fordi om vedkommende statsorgan i tilfældet var et udenlandsk.

I det enkelte maa her følgende nærmere vilkaar for den udenlandske doms virkninger opstilles:

1) Dommen maa ogsaa efter den udenlandske ret besidde retskraft; den maa ikke være appelleret eller kunne appelleres eller angribes ved noget andet retsmiddel.

2) Forholdet maa efter norsk ret høre under udenlandsk domstol; en dom angaaende fast eiendom, beliggende her i riget, eller mod en her i riget bosat person, der ikke har vedtaget det fremmede værneting eller iøvrigt efter norsk ret svarer for dette, kan f. ex. ikke have virkning af *res judicata* for norske domstole. Derimod er det ligegyldigt, om den ene eller den anden udenlandske domstol var kompetent, med andre ord om kompetensspørgsmaalet i forhold til en anden udenlandsk domstol er urigtigt løst.

3) Dommen maa ikke gaa ud paa noget, der efter norsk ret ikke kan fremtvinges ved exekution; om det

2) dommen er i strid med ærbarhed eller med norsk offentlig ret, eller 3) dommen er afsagt mod en norsk statsborger, der ikke har indladt sig i processen, og hvem indkaldelse til denne ikke er tilstillet enten personlig gjennem vedkommende udenlandske myndighed eller af norsk myndighed overensstemmende med reglerne i nærværende lovs 9de kapitel. Ikke heller kommer ved bedømmelsen af, hvorvidt de udenlandske domstole efter norsk lov er ret værneting i sagen, de i loven om rettergangsmaaden i tvistemaal kapitel II §§ 16 og 17 omhandlede værneting i betragtning. Hvor det findes paakrævet til varetagelse af norske statsborgeres interesser, kan kongen ligeoverfor en fremmed stat bestemme afvigelser fra reglerne i nærværende paragraf.»

retsforhold, som dommen angaar, er anerkjendt i vor ret, kommer derimod ikke i betragtning[28].

§ 14.

CIVILPROCESSENS HISTORISKE UDVIKLING[1].

I. Ogsaa paa civilprocessens omraade har den romerske ret øvet en kjendelig indflydelse, navnlig med hensyn til enkelte sider af forskjellige procesinstituters nærmere udformning (saaledes læren om bevis og bevisbyrde, om dommes retskraft). Men i henseende til selve de organisatoriske procesprincipers udvikling i den europæiske proces har romerretten havt langt mindre betydning end de paa germanisk grundlag hvilende retsdannelser. Dette hænger sammen med den romerske deling af procesforhandlingen i to afsnit, hvoraf den første (forhandlingen *in jure*) foregik for den med jurisdiktionsmyndighed udrustede magistrat (prætor), den sidste (forhandlingen *in judicio*) for den for den enkelte sag opnævnte dommer (*judex*). Den første tilsigtede dels afgjørelse af, hvorvidt det forhold, sagsøgeren paaberaabte sig — dets faktiske rigtighed forudsat — overhovedet var af den art, at den gjældende ret hjemlede nogen retsbeskyttelse (*actio*) for det, dels afgjørelsen af procesforudsætningerne og den formelle anordning af rettergangen, medens forhandlingen *in judicio* var rettet paa at bringe paa det rene, om overhovedet sagsøgerens anførsler var

[28] Nyere proceslove opstiller særegne betingelser, naar dommen er en udeblivelsesdom (se ogsaa den i forrige note citerede bestemmelse af det norske Udk. til d. o.) Efter hvad Goos (i *Journal du droit international privé* VII p. 369 jfr. ogsaa Forhandlinger paa syvende nord. juristmøde Bilag V p. 33) meddeler, har en dansk dom antaget, at de danske domstole skulde kunne prøve, om der ved en saadan dom var givet indstevnte en efter dansk ret tilstrækkelig adgang til at varetage sit tarv. Men Goos tilføier, at denne dom ikke har fundet billigelse.

[1] Jfr. for den europæiske udviklingsgang den fortræffelige oversigt i Schmidts Lehrbuch §§ 6—16, hvor ogsaa yderligere litteraturhenvisninger findes. For norsk (og dansk) ret se nedenfor note 2 samt Forelæsningerne over straffeproces § 4 og den der i note 1 citerede litteratur samt Nellemann Alm. del § 4. Jfr. om ældre svensk ret Sjögren i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 36 ff.

materielt begrundede. Denne sidste forhandling, der omfattede bevismaterialets tilveiebringelse og prøvelse og den egentlige partsprocedyre, var saaledes i virkeligheden den vigtigste. Men paa grund af særegenheder ved den romerske jurisdiktionsmyndigheds ordning og den centrale stilling, den indtog i den romerske retsudvikling, kom udformningen af de processuelle formregler væsentlig til at knytte sig til den forhandling, der førtes for ham, medens rettergangen *in judicio* var fuldstændig fri for alle former og væsentlig overladt dommerens eget forgodtbefindende — omtrent som tilfældet er, naar parterne overlader sin sag til en voldgiftsdommer, til hvilken de har ubetinget tillid[2]. Dette forhold vedblev, selv efterat i den senere keisertid forhandlingens tvedeling var afskaffet og den for den enkelte sag opnævnte dommer, der i ældre tid mere eller mindre kunde opfattes som parternes tillidsmand, var erstattet af en fast embedsdommer. Den senere romerske keisertids proces blev saaledes væsentlig formløs og hjemfaldt tildels stærkt til bureaukratisk vilkaarlighed.

I modsætning hertil er særmærket ved rettergangen i de germanske retssamfund dels dens strengt formelle karakter, dels den ordning, at folket (d. e. samtlige til tinge mødende frie mænd eller et udvalg af dem) selv umiddelbart deltog i retspleien.

I den ældre germanske proces er parternes selvvirksomhed det principale og overveiende element. Rettens medvirkninger indskrænker sig væsentlig til anordninger med hensyn til det bevis, som det skal tilstedes parterne at føre[3]. Og dette bevis var af en rent formel natur, sigtede ikke til at paavirke dommernes overbevisning, men

[2] Man har i nyere tid søgt at paavise, at den romerske dommerinstitution i virkeligheden har udviklet sig af voldgiftsinstitutionen, se Matthias Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts (1888).

[3] Man har i nyere tid søgt at forklare denne rettens stærkt tilbagetrukne stilling i den ældre germanske proces ved den hypotese, at stammens medvirkning ved en strid mellem stammefæller oprindelig ikke var dømmende, men forligsmæglende (se H. Brunner Rechtsgeschichte I p. 179).

afgjorde umiddelbart sagen. Bevismidlerne var dels tvekamp dels gudsdom (*ordale*) dels ed. Den sidste paalagdes regelmæssig indstevnte enten alene eller — hyppigst — i forening med en vis kreds af hans stammefæller (mededsmænd, edshjælpere), der styrkede den ved at besværge deres overbevisning om, at den var sand. Eden omfattede i sin helhed spørgsmaalet om retmæssigheden af parternes paastand, altsaa i lige grad den juridiske og den faktiske side af sagen.

Denne ordning af rettergangen kunde tilfredsstille under de enkle, gjennemsigtige forholde i de gamle germanske statssamfund, hvor alle stammefæller kjendte hverandre, hvor ogsaa de retsforhold, der regelmæssig gav anledning til rettergang — jordeiendomsforholde, kjøb og salg, delikter — i almindelighed var vitterlige for alle og enhver, og hvor rettergangen saaledes i virkeligheden væsentlig havde til opgave at erstatte selvtægt og privatkamp om retten med et af stammefællerne kontrolleret, efter faste regler fuldbyrdet opgjør.

Men den passede ikke længer, efter at den stigende udvikling af handelen havde fremkaldt retsforholde af en mere indviklet art, for hvis vedkommende hverken det faktiske grundlag kunde forudsættes kjendt af hvermand ei heller den retslige bedømmelse var umiddelbart given ved den hos hvermand levende retsbevidsthed. Denne udvikling nødvendiggjorde en omdannelse af rettergangen, hvorved dommerne fik indflydelse baade paa prøvelsen af det faktiske sagsforhold og dettes retslige bedømmelse. En væsentlig betydning paa den germanske proces's omdannelse i denne retning fik navnlig den rettergang, der omkring middelalderens midte udviklede sig i Nord- og Mellemitaliens byer, og som fra den romerske ret laante dommerens materielle bevisprøvelse, men fra den ældre germanske ret bibeholdt og videre udviklede de bindende regler for de enkelte rettergangshandlinger. Denne middelalderligitalienske proces, der saaledes havde optaget baade romanske og germanske elementer, men væsentligst de sidste, fik saa meget større indflydelse, som den afgav de vigtigste bygningsmaterialier til den rettergangsmaade, som den

kanoniske ret udviklede for kirkelige sager, og som den i løbet af det 14de aarhundrede fandt sædvansmæssig udbredelse ogsaa i Tyskland sammen med den da stedfindende reception af den romerske ret, der ligeledes foregik under indflydelse fra Italien. Til denne udvikling medvirkede væsentlig, at folkedommerne lidt efter lidt veg pladsen for retslærde embedsdommere.

Den proces, der fremgaar som resultat af den, frembyder følgende træk: Dommeren har vistnok ikke som i den ældste germanske proces alene at anordne beviset, han skal ogsaa prøve det. Men han har at indskrænke denne prøvelse til, hvad parterne forelægger ham og hvad der mellem dem er omstridt (forhandlingsmaxime)[4]. Og hans bevisprøvelse er ikke som i den romerske ret fri, men bunden til visse legale regler (legal bevisteori), der navnlig for vidnernes vedkommende udvikles i tilknytning til den germanske rets regler om bestemte egenskaber og et bestemt tal hos mededsmændene. De enkelte proceshandlinger knyttes — under ellers indtrædende ugyldighed — til en bestemt rækkefølge[5]; og senere opstilles derhos til forenkling og paaskyndelse af rettergangen fordringen til, at samtlige angrebs- eller forsvarsmidler skal anbringes samtidig under tvang af fortabelse af de for sent fremførte (eventualmaxime). Eftersom de forholde, der forelægges retterne, bliver mere indviklede, svulmer processtoffet op, og rettergangens afslutning i et enkelt retsmøde vanskeliggjøres. Herved skabes behovet for en skriftlig nedtegning af det forhandlede; og lidt efter lidt bliver det regel, at dommeren kun har at tage hensyn til det saaledes nedtegnede (skriftlighedsprincipet: *Qvod non est in actis, non est in mundo*).

Den saaledes særlig i Tyskland udviklede skriftlige, strengt formalistiske proces føltes efterhaanden som utilfredsstillende. Og det preussiske oplyste enevælde gjorde,

[4] For klart at faa dette fastslaaet, udviklede den italienske proces kravet til, at parterne skulde fremsætte sine paastande og indsigelser i formelle, særskilte saakaldte *positiones*, hvorom modparten skulde udtale sig («positionalproces»).

[5] Jfr. foran p. 62.

som nævnt p. 39, i slutningen af forrige aarhundrede et forsøg paa at afløse forhandlingsmaximen med et noget nær ubegrænset undersøgelsesprincip (den preussiske almindelige rettergangsordning af 1793); men dette forsøg mislykkedes og fik ingen varig betydning for den senere udvikling. En saadan fik derimod den reformbevægelse, der begyndte omkring midten af det 19de aarhundrede, og som først fik legislativt gjennembrud i en række proceslove, vedtagne i enkelte tyske stater (betydeligst den hannoverske lov af 1850) og senere har ledet til udarbeidelse af den fælles tyske civilproceslov af 1877 (revideret 1898) og den østerrigske af 1898.

Denne reformbevægelse er især paavirket af fransk indflydelse. Den franske proces, der som den tyske har sit grundlag i den germanske proces, viser i sin videre udvikling navnlig i den henseende et særpræg, at den formaaede at bevare den mundtlige forhandlingsform og den deraf betingede friere, mindre formbundne forbindelse mellem retten og parterne (eller rettere deres procesfuldmægtige).

De ovennævnte nyere reformbestræbelser har navnlig gaaet ud paa at gjennemføre mundtlighedsprincipet og fri bevisbedømmelse med opgivelse af de legale regler for bevisernes vægt og ved siden deraf paa at skaffe dommeren i det hele en friere stilling under rettergangen og en større indflydelse paa forhandlingen og stofsamlingen, end den ældre stive forhandlingsmaxime indrømmede ham. For den østerrigske proces kommer hertil bestræbelserne for i videre udstrækning at foranledige personligt møde af parterne og udnytte disses afhørelse for sagsforholdets udredning og bedømmelse [6].

Dette sidste træk viser tilbage til paavirkning af den engelske proces, hvis indflydelse paa den nyere europæiske civilproces forøvrigt er ringe i forhold til den betydning, den har havt paa straffeprocessens omraade [7].

[6] Se om den nye østerrigske proces Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 241 ff.

[7] Se Forelæsningerne over straffeproces p. 28 ff. — Se om den engelske civilproces Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 357 ff.

II. Den ældste norske proces frembyder de samme karaktertræk som den ældre germanske proces overhovedet[8]. Den hvilede paa forudsætningen om, at det enten uden videre var klart («vitterligt») eller ialfald ved visse forud for rettergangen af sagsøgeren foretagne bevisskridt (formelle bevismidler) var blevet i lovens forstand klart, at sagsøgeren havde ret. Det er saaledes ogsaa her parternes, til visse lovlige former bundne selvvirksomhed, der er det centrale i rettergangen; og tingets opgave var ikke at løse tvivl om rettens tilværelse men at skaffe klageren hans ret[9].

Allerede i de ældre norske retsoptegnelser findes der dog spor til en forandret opfatning af rettens stilling, hvorefter denne har at foretage en virkelig materiel prøvelse af sandheden i parternes paastande; og denne udvikling aabenbarer sig endnu tydeligere i Magnus Lagabøters lovgivning navnlig ved den fremtrædende plads, som her vidnebeviset indtager. Den senere udvikling indtil Kristian den femtes lovbog, der forøvrigt endnu i enkelthederne er lidet opklaret, synes ikke at have ledet til optagelsen af væsentlig nye elementer. Kirkelig (kanonistisk) indflydelse har vistnok gjort sig gjældende med hensyn til partsedens udvikling og mededens forsvinden og vel ogsaa tildels med hensyn til vidnebeviset (de legale bevisregler). Men iøvrigt kan her neppe spores fremmed paavirkning; og lovbogens rettergangsmaade, der findes fremstillet i dens første bog «om retten og rettens personer», kan saaledes i hovedsagen betragtes som en national frembringelse[10].

Den største del af det nævnte afsnit af loven

[8] Jfr. E. Hertzberg Grundtrækkene i den ældste norske proces (1874); v. Amira Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren (1874); Brandt Retshistorie II p. 157 ff.; Taranger Gammelnorske procesregler (1899).

[9] Jfr. Brandt l. c. p. 160 og 223.

[10] Udviklingen har været væsentlig den samme ikke blot i Danmark, med hvilket land Norge i den større del af denne periode var forenet, men ogsaa i Sverige, hvis lovbog af 1734 har en procesordning med væsentlig samme karaktermærker som norske lovs. Om denne sidstes forhold til fremmed ret se forøvrigt Aubert Retskilder p. 161.

er i formen endnu uophævet. Men i virkeligheden har lovbogens bestemmelser undergaaet en meget væsentlig omdannelse ved en sædvansmæsssig retsudvikling, der utvivlsomt er bleven paavirket af den tyske proces[11].

Lovbogens rettergangsform, der i det hovedsagelige er hentet fra den ældre ret, er bygget paa mundtlig forhandling. Dette siges vistnok ikke noget sted med rene ord i loven, men fremgaar dels af forholdet til den ældre ret dels af den udstrækning, hvori loven tænker sig en indgriben i processen fra dommerens side, der vilde være umulig uden under en mundtlig forhandling (jfr. navnlig N. L. 1—5—7 og 8). Imidlertid var processen allerede under lovbogen stærkt opblandet med skriftlige elementer. Der var fuld frihed for parterne og deres sagførere til at levere skrevne indlæg (jfr. N. L. 1—8—7, 1—9—10 m. fl. st.); og om det end synes at have været forudsætningen, at disse skulde oplæses i retten (se N. L. 1—8—6, der taler om «forsætter, som i retten ere læste»), bestod der dog intet paabud herom. — Et stærkt element af skriftlighed fik processen ved appelinstitutets ordning. Lovbogen forudsatte nemlig, at sagen forelagdes overinstansen nøiagtig i samme skikkelse som den, hvori den havde foreligget for underinstansen, og krævede til dette øiemed, at underretten i sin dom skulde give et fuldstændigt referat af «parternes bevisligheder og indlæg» (se N. L. 1—5—13 jfr. 1—8—5 og 6). I løbet af det 18de aarhundrede fik disse skriftlige bestanddele af processen mere og mere overhaand og fortrængte tilsidst ganske mundtligheden, saa at alt, hvad parterne ikke fremstillede for retten i skriftlige indlæg, maatte nedtegnes i retsprotokollen for at komme i betragtning, og selv for denne mundtlige fremstilling til protokols blev der sat en begrænsning (frdn. 3 juni 1796 § 16). Til denne udvikling bidrog vistnok i væsentlig mon opkomsten af en egen sagførerstand. Denne havde paa den ene side i høiere grad end parterne den formelle og reelle evne til en skriftlig juridisk fremstilling, og paa den anden side var denne fremstillings-

[11] Jfr. Aubert l. c.

form, der sparede personligt møde i retten og forkortede retsmødernes varighed, i de fleste tilfælde den bekvemmeste baade for sagførerne og retten.

Samtidig med overgangen til den helt skriftlige forhandlingsform forandres ogsaa dommerens stilling. Denne har, som allerede ovenfor antydet, efter lovbogen en meget fremtrædende procesledelse. Han kan til forkortelse af processen afskjære chikanøse angrebs- og forsvarsmidler (N. L. 1—5—7), og det er under straf paalagt ham at sørge for den hele rettergangs tilendebringelse inden 6 uger (N. L. 1—5—8). Han kan ogsaa selv tage initiativ med hensyn til sagens oplysning (N. L. 1—13—26, 1—9—17). Under udviklingen af den skriftlige proces forandredes dette helt; og dommeren, der nu ikke længer havde adgang til paa ethvert punkt at følge sagen, tabte lidt efter lidt enhver indflydelse paa dens gang. Hans souverænitet og initiativ afløstes af en streng forhandlingsmaxime. Som erstatning for dommerens virksomhed til processtoffets koncentration indførte retsbrugen eventualmaximen.

Lovbogens bud om, at hele processen skulde være afsluttet i løbet af seks uger, forandredes i retsanvendelsen til et bud om dommens afsigelse inden denne tidsfrist. Og istedetfor den hurtighed i procedyren, som det nævnte lovbud forudsætter, men som dog vel neppe nogensinde har været gjennemført, traadte en langsomhed, som lovgivningen i forrige aarhundrede forgjæves søgte at modvirke ved strenge, men i retsbrugen ikke overholdte regler for udsættelser.

Som allerede nævnt, har den her skitserede udvikling af vor proces i det væsentlige fuldbyrdet sig ved sædvanen. De ikke ganske faa processuelle love fra forrige aarhundrede (af hvilke de vigtigste er frd.ne 19 aug. 1735, 3 marts 1741 og især 3 juni 1796) udtaler ikke med rene ord principforandringerne, men forudsætter disse; de har som oftest kun til hensigt at ordne visse sider af processens teknik eller at afskaffe forskjellige misbrug. Til disse love slutter sig fra tiden efter 1814 lov 4 juni 1892, der er den mest omfattende lov paa den almindelige civilproces's omraade fra dette tidsrum, og som især søger at

virke til paaskyndelse af rettergangen ved forkortelse af fristerne og strenge regler for udsættelse.

Lovbogen kjendte — naar bortsees fra den ved krigsretsinstr. af 9 marts 1683 ordnede militære rettergang — kun én procesform for alle sager. I denne henseende medførte den senere retsudvikling for det første den store forandring, at straffeprocessen udformede sig som en egen rettergangsmaade[12]. Ved siden heraf er dernæst at mærke udviklingen af særegne rettergangsformer for visse arter af civile sager. Ogsaa denne udvikling er for en del foregaaet sædvansmæssig, om end enkelte former af den extraordinære civilproces er ordnet ved nyere love (se saaledes vexelprocesloven af 17 juni 1880)[13].

For bevissystemets udvikling er redegjort i forelæsningerne over straffeproces[14]. Det samme gjælder domstolsorganisationens historie[15]. I det væsentlige beror denne for underinstansernes vedkommende endnu paa lovbogen. De vigtigste forandringer bestaar i overretternes indførelse ved frdn. 11 aug. 1797 og oprettelsen af en egen norsk høiesteret (se l. 12 sept. 1818) samt af en særegen kollegial underret for Kristiania (byretten) ved l. 17 marts 1866.

III. Straffeprocesloven af 1 juli 1887 berørte ikke direkte civilprocessen, undtagen forsaavidt som den bestemmer dennes omraade i forhold til straffeprocessen (se foran § 3); og da den nævnte lov hviler paa helt andre processuelle grundsætninger end vor gjældende civilproces, kan den ogsaa kun i ringe udstrækning benyttes som kilde for denne ved analogislutninger. Helt udelukkede er dog ikke saadanne paa omraader, hvor den organisatoriske principforskjel mellem begge procesformer ikke kan antages at have gjort sig gjældende, og hvor saaledes straffeproceslovens bestemmelser maa ansees som udtryk for almen-

[12] Se herom Forelæsningerne over straffeproces l. c.

[13] Se forøvrigt mere herom i afsnittet om den extraordinære civilproces (Anden del p. 125 ff.). For konkursrettens vedkommende henvises ligeledes til det særlige afsnit om denne (Fjerde del § 3).

[14] Se p. 296 ff.; se ogsaa nedenfor § 95.

[15] Se Forelæsningerne over straffeproces § 4.

processuelle synsmaader (saaledes f. ex. bestemmelserne om dommerhabiliteten).

IV. De samme mangler, der har gjort sig gjældende i andre lande med beslægtet rettergangsordning og der har ledet til udarbeidelsen af nye proceslove, har ogsaa været følelige hos os og fremkaldt kravet paa reform. Der nedsattes i 1891 en kongelig kommission til forberedelsen af en saadan reform af den civile retspleie. Denne kommissions oprindelige formand, rigsadvokat Getz, efterlod sig ved sin død forskjellige udkast og udredninger sigtende hertil[16]. Det ene af disse udkast ligger til grund for en i 1902 afgiven indstilling fra den samlede kommission angaaende lov om domstolenes ordning[17]. Det andet udkast, der angaar rettergangsmaaden i tvistemaal, har været gjenstand for en foreløbig gjennemgaaelse af kommissionen, der har givet dets hovedtræk sin tilslutning. Der lader sig saaledes allerede nu forudse, at reformen vil gaa ud paa gjennemførelse af mundtlig rettergang; og foran i §§ 7—9 a er enkelte hovedpunkter fremhævede.

§ 15.

CIVILPROCESRETTENS LITTERATUR[1]

Den norske civilproces hviler paa samme grundlag som den danske, idet de for begge lande under foreningen givne proceslove i alt væsentligt er fælles, ligesom ogsaa den sædvansmæssige retsudvikling paa dette omraade har været den samme. Som følge deraf har den danske proceslitteratur en fremtrædende betydning ogsaa for Norge. Det ældste processuelle værk er A. Højers Juridiske collegium over processen (udg. i 1742 af H. Hagerup og i 1767 ved Hedegaard). Dette værk har dog

[16] Udgivne i 1902 under titelen: «Udredninger og udkast til civilprocesreformen».

[17] Se «Udkast til lov om domstolenes ordning med motiver, udarbeidet af den i 1891 nedsatte kgl. kommission».

[1] Nellemann Alm. Del § 5; Aagesen Fortegnelse over Retssamlinger, Retsliteratur m. v. (1876) p. 74 ff.; Wach Handbuch § 14.

nu ligesom de senere arbeider fra forrige aarhundrede (af Hesselberg, Dons, Trojel, Nørregaard, Brorson og Hurtigkarl) kun historisk interesse. Grundlaget for den egentlige videnskabelige behandling af den dansk-norske procesret danner A. S. Ørsteds skrifter[2]. Senere har den danske proces tvende gange været gjort til gjenstand for mere omfattende systematisk fremstilling, først af P. G. Bang og I. E. Larsen: Systematisk fremstilling af den danske procesmaade i Juridisk tidsskrift XXIX og flg., ogsaa særskilt trykt (1839—43), og I. Nellemann Civilprocessens almindelige del (1ste udg. 1864, 3dje udg. 1887) og sammes Den ordinære civile procesmaade (1ste udg. 1864, 4de udg. 1890). Disse tvende sidste arbeider omfatter dog ikke hele civilprocessen. Læren om auktion og exekution er særskilt bearbeidet af forfatteren i skrifterne Læren om exekution og auktion (2den udg. 1884) og Læren om auktion (1894). Den extraordinære civilproces, læren om appel og arrest samt forlig ligger ligesom læren om konkurs og skifte udenfor Nellemanns fremstilling. Disse dele af den danske proces er navnlig behandlede af J. H. Deuntzer[3] fra hvis haand der tillige foreligger en som manuskript trykt fremstilling af «Den danske civilproces» (1901).

For den særlig norske civilproces er hovedværket A. Schweigaard Den norske proces. Dette arbeide har sin oprindelse fra forelæsninger, som forfatteren holdt ved universitetet i aarene 1835—37. 1ste del udkom i 1849. De senere udgaver (5te udg. er fra 1891) er besørgede af andre. 2den del udkom første gang i 1858; 2den udg., der udkom i 1872, er for en del gjennemseet af forfatteren selv[4] (senere er udkommet tvende udgaver, 4de udg. fra

[2] Jfr. om Ørsteds betydning for procesretsvidenskaben Nellemanns fremstilling i 1ste del af det af ham i forening med Goos og Øllegaard udgivne skrift: A. S. Ørsteds betydning for den danske og norske retsvidenskabs udvikling (1885). Ørsteds processuelle afhandlinger er spredte i forskjellige tidsskrifter. En samling af de vigtigste indeholder Eunomia (4 bd., udkom i aarene 1815—22).

[3] De hidhørende skrifter vil findes anførte ved de betræffende afsnit.

[4] Se fortalen til denne udgave.

1893). Efter forfatterens død udkom Om konkurs og om skifte- og arvebehandling (1871), hvilke afsnit senere (1885) sammen med afsnittet om arrest, der tidligere udgjorde en del af 2det bind, er udgivne som processens 3dje del. Afsnittene om konkurs og skifte er ikke fuldendte. Selv bortseet herfra, omfatter Schweigaards værk ikke den hele proces. Navnlig mangler afsnittet om appel[5]. Dette er behandlet af P. C. Lasson (Om appel i civile sager, 1869) og navnlig af B. Getz (Om paaanke til høiere ret, 1884). Den førstnævnte af disse er ogsaa forfatter af en Haandbog i den norske proces, en omarbeidelse af etatsraad Hurtigkarls proces, sammenholdt med nyere forfattere, 2 dele (1835—1843). Af betydning for studiet af den gjældende norske proces er ogsaa: «Om forandringer i civilproceslovgivningen, udkast til lov om rettergangsmaaden i civile sager ved underretten med motiver, afgivet af den ved kgl. resol. 11 januar 1853 nedsatte kommission (1868)» og de i § 14, note 16 og 17 anførte skrifter.

Den fremmede procesretslitteratur har, skjønt den hviler paa grundlag af andre retskilder, dog ogsaa for den videnskabelige behandling af vor procesret stor betydning. For en uddybet, dogmatisk betragtning af retsstoffet vil der ogsaa paa processens omraade være en række spørgsmaal, der er modtagelige for en principiel belysning, og hvis besvarelse forudsætter et alsidigt studium af de processuelle grundelementers væsen og virken. Navnlig den tyske litteratur yder her fortrinlige hjælpekilder. I det følgende vil for de enkelte afsnit vigtigere skrifter angaaende emnet blive anførte[6]. Af samlede fremstillinger er fortrinsvis at nævne: Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses (1ste udg. 1854), der bygger paa den ældre tyske gemeine proces. Af fremstillinger, der er udkomne efter udgivelsen af den tyske proceslov af 1877 og bygger paa denne, er særlig at nævne: A. Wach Handbuch des

[5] Der findes en kontratrykt udgave af Schweigaards forelæsninger over dette afsnit.

[6] En stor del hidhørende monografier findes i de tvende fortrinlige tidsskrifter: Archiv für die civilistische Praxis og Zeitschrift für den deutschen Civilprozess.

deutschen Civilprozessrechts, 1 (1885), en del af Binding Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft (ufuldendt); J. W. Planch Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I (1887) og II, 1 (1891), 2 (1896) samt Schmidt Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts (1898). En kortfattet fremstilling indeholder: H. Fitting Der Reichscivilprozess (talrige udgaver).

Af den med den tyske nærbeslægtede østerrigske litteratur skal fremhæves: Menger System des oesterreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung Bd. I Allgemeiner Theil (1876) og v. Canstein Lehrbuch des oesterreichischen Civilprozessrechts 2 bd. (1880—82). Den nyeste østerrigske procesret, paa grundlag af lovene af 1895, er kortfattet fremstillet af Schuster von Bonnot: Oesterreichisches Civilprozessrecht (3dje udg. 1897).

Hovedværkerne over fransk civilproces er Boitard *Leçons sur le code de procédure civile* (forelæsninger, holdte i 1834—35, udgivne efter forfatterens død, 5te udg. ved Colmet-Daage 1890); E. Garsonnet *Traité théorique et pratique de procédure*, hidtil udkommet 5 bd. (1892—93)[7].

Den engelske ret har intet enkelt hovedværk at opvise, der omspænder den hele civilproces. Af almindeligere betydning for den dogmatiske procesrets forskning er navnlig den engelske litteratur om bevislæren, hvorom under fremstillingen af denne. De, der ønsker en kortfattet orientering med hensyn til den engelske civilproces, kan henvises til Roscoe *Outlines of civil procedure* (1876) og E. Schuster Die bürgerliche Rechtspflege in England (1887).

Af den svenske proceslitteratur fortjener særlig at fremhæves: I. Afzelius Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål, jämförande framställning af utländsk og svensk lagstiftning (1886).

[7] Der findes ogsaa en kortfattet fremstilling af samme forfatter: *Précis de procédure civile* (2den udg. 1893).

ANDET HOVEDAFSNIT

FORLIGSMÆGLING OG VOLDGIFT

FØRSTE KAPITEL

FORLIGSMÆGLING[1]

§ 16.

OM FORLIGSMÆGLING I ALMINDELIGHED.

I. Den nødvendige forligsmægling, til hvilken der i lovbogen kun findes spor i enkelte arter af sager (1—2—12), indførtes som almindelig regel i vor civile proces ved frd.ne af 10 juli 1795 (for byerne) og 20 januar 1797 (for landet), som dertil anordnede egne, saakaldte forligelseskommissioner. De nævnte forordninger afløstes af loven af 20 juli 1824, som i forening med tillægslovene af 8 septbr. 1842, 8 mai 1869, 29 mai 1879, 17 juni 1880 og 9 mai 1891 udgjør kilden til vor gjældende ret paa dette omraade.

Det nærmeste forbillede for anordningerne om forligelsesvæsenet var den franske lov af 24 august 1790 om forligsmægling for fredsdommere, en institution, som Frankrige atter havde hentet fra Holland. Ogsaa flere andre europæiske lande har havt lignende regler (foruden Danmark, der fik institutionen samtidig med Norge, enkelte

[1] Schweigaard I, 2det afsnit; J. H. Deuntzer Om forligsmægling i civile sager (1887); Ørsted Om forligelsesvæsenet i Archiv for retsvidenskab II; Irgens Om Forligelsesvæsenet (1874); Getz Udkast og udredninger til civilprocesreformen p. 9 ff.

af de tyske stater, flere schweiziske kantoner og lande, der som Italien og Belgien har været stærkt paavirket af den franske lovgivning). Den tvungne forligsmægling for særegne dertil anordnede institutioner er imidlertid nu i de fleste lande opgivet (den bestaar foruden i Norge og Danmark kun i Belgien og enkelte schweiziske kantoner). I Frankrige er forligsmæglingen fra at være et nødvendigt procesled ved retsbrugen gaaet over til at blive frivillig[2]. Den samme ordning findes i det overveiende antal nye proceslovudkast, ogsaa det norske[3].

Den tvungne forligsmægling for særskilte forligelseskommissioner medfører en væsentlig forsinkelse af rettergangen, uden at dette offer erstattes af tilstrækkelige fordele i den ved institutionen tilsigtede retning. Den har kun ringe evne til at afværge proces i omtvistede sager (dog noget større paa landet end i byerne)[4] Og da forligelseskommissionerne er uretskyndige og kun har et mangelfuldt kjendskab til sagen, vil man i almindelighed kun have ringe garanti for, at det forlig, de tilraader, virkelig er stemmende med ret og billighed[5].

Fra et ganske andet synspunkt end den tvungne forligsmægling ved særegne mæglende institutioner bliver forligsmægling ved retten at bedømme. Allerede vor gjældende ret har, som senere skal vises, i en række sager overført forligsmæglingen fra kommissionen til retten; og dette tilsigter det foreliggende norske procesudkast at gjøre over hele linjen[6]. Dommeren vil særlig, hvor pro-

[2] Jfr. Boitard *Leçons sur la procédure civile* I § 102.

[3] Se Udk. til r. l. XXVII § 1: «I anledning af tvistemaal angaaende gjenstande, der er parternes frie raadighed undergivne, kan parterne forud for sagsanlæg af egen drift møde eller den ene part indkalde den anden til møde for forligsraadet».

[4] Statistikken er her ikke veiledende, fordi den medtager alle uomtvistede sager, hvor det i virkeligheden ikke kommer til forlig i civilretslig forstand (jfr. nedenfor § 23), men hvor indstevnte ingen indvendinger har at gjøre mod sagsøgerens krav.

[5] Jfr. Getz l. c. p. 11.

[6] Se r. l. IX § 11: «Retten kan paa ethvert trin forsøge mægling mellem parterne; og saadan mægling skal altid finde sted, første gang parterne personlig møder i retten».

cessen er mundtlig og hvor parterne møder personlig, have baade en naturlig opfordring til og de bedste betingelser for at mægle forlig[7]. Og denne mægling medfører ikke nogen nødvendig forsinkelse i retsforfølgningen.

II. Forligelseskommissionerne[8] har i vor ret ved siden af den mæglende opgave tillige inden et begrænset omraade dømmende funktioner. Fremstillingen af denne side af dens virksomhed hører ikke hjemme i nærværende kapitel[9].

§ 17.

DEN NØDVENDIGE FORLIGSMÆGLINGS ANVENDELSE I VOR RET.

Ifølge de i forrige paragraf anførte love er forligsmægling et led i enhver civil proces. Den er efter strpl. § 430 tillige et led i de private straffesager, men herfra sees i denne fremstilling bort[1]. Den er ikke nødvendig ved den egentlige *jurisdictio voluntaria*, selv hvor denne er iklædt processuelle former (jfr. l. 1824 § 28 c om mortifikationssager og l. 28 novbr. 1898 om umyndiggjørelsessager).

Enkeltstaaende rettergangsskridt kan foretages uden forligsmægling, naar de ikke staar i forbindelse med en retstvist. I sidste fald skal de derimod ikke kunne foretages, før mægling i hovedsagen er prøvet (se l. 1824 § 34[2], der foreskriver dette om tingsvidner, og som analogisk ogsaa maa anvendes paa skjøn og retslig granskning), en forskrift, der hviler paa den forudsætning, at de med en saadan bevisoptagelse forbundne omkostninger

[7] Jfr. Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 310—3.

[8] Udk. til d. o. § 23 foreslaar indført benævnelsen forligeraad.

[9] Se nedenfor § 30, IV og Anden del §§ 157 og 158.

[1] Forligsmægling er ogsaa anordnet i visse tilfælde, der ikke staar i forbindelse med rettergang, saaledes som betingelse for skilsmissebevilling efter forudgaaende separation med hensyn til bord og seng. Jfr. instr. 14 septbr. 1798 § 6. Denne mægling foregaar ikke for forligelseskommissionen, men for magistraten.

[2] Jfr. l. om retsanmodninger af 28 juni 1897 § 4, 2det led.

lettelig vil kunne gjøre parterne mindre tilbøielige til at indgaa forlig. Iøvrigt maa det bemærkes, at den anførte lovbestemmelse forudsætter, at der er en «hovedsag». Den synes derfor ikke at kunne anvendes, hvor det er ganske uvist, om det kommer til retstvist, selv om det, der gjennem vedkommende rettergangsskridt søges oplyst, i og for sig muligens kan blive grundvold for et søgsmaal[3].

Det er kun rettergang, der tilsigter erhvervelse af dom, i hvilken forligsmægling er et nødvendigt led, ikke exekution, udpantning, auktion (jfr. l. 12 oktbr. 1857 § 3), arrest og forbud (l. 1824 § 32). En undtagelse danner dog regelen i canc. prom. 29 oktbr. 1803 om forligsmægling som nødvendig indledning til en tvangsauktion i henhold til panteklausulen[4].

Fra hovedregelen om forligsmæglings nødvendighed gjør loven visse undtagelser, som dels findes angivne i forligelsesloven af 1824 dels i speciallove, der anordner særlige rettergangsregler for enkelte sager.

Med hensyn til de i forl.l. af 1824 omhandlede tilfælde bemærkes, at § 28, a har tabt sin betydning ved l. 4 juni 1892 § 42, hvorefter «kontrasøgsmaal» ikke længer er nødvendigt for at gjøre modkrav gjældende blot til likvidation, samt at § 30 er ophævet ved l. 29 juni 1889, 2det afsnit § 4 (jfr. nu str.l. § 251, 3dje led), idet denne lov anordner offentlig paatale af de i forl.l. § 30 omhandlede æresfornærmelser.

Iøvrigt kan undtagelserne henføres til to klasser:

a) Tilfælde, hvor fremtvingelse af forligsmægling er umulig eller ialfald forbunden med store vanskeligheder: 1) Hvor forkyndelse for sagvolderen maa ske i udlandet (l. 4 juni 1892 § 42). 2) Hvor sagvolderens opholdssted er ubekjendt og forkyndelse maa ske offentlig paa den i l. 4 juni 1892 § 9 omhandlede maade (l. 1892 § 42, der nu

[3] Jfr. dog herimod Schweigaard I p. 37 og 457. Høiesteret har godkjendt søretsskjøn om bjergeløn (Retst. 1863 p. 754), skjøn og tingsvidne om skade, bevirket ved forlis (Retst. 1864 p. 92) samt arvetingsvidne efter arvelovens § 53 (Retst. 1893 p. 507) uden forudgaaende forligsmægling. — Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2271 (forligsmænling ikke nødvendig ved tingsvidne til brug for voldgiftssag).

[4] Jfr. Hagerup Panteret 2den udg. p. 292 ff.

har afløst forl.l. af 1824 § 28 b). 3) Hvor sagen reises mod en for gjæld rømt skyldner i henhold til l. 3 juni 1874 § 2, der for dette tilfælde anordner en enklere forkyndelsesmaade end l. 1892 § 9 og derfor beholder sin betydning ved siden af forskriften i den sidstnævnte lovs § 42.

b) Enkelte tilfælde, hvor sagen angaar et forhold af offentlig interesse. I og for sig er dog ikke sagens offentligretslige art afgjørende; og selv i sager, hvor staten eller en offentlig institution er part, og hvor spørgsmaalet er om offentlige pligter eller rettigheder (f. ex. sager mellem staten og dens embedsmænd, mellem stat og kommune), er forligsmægling nødvendig. De tilfælde, hvor undtagelse er gjort, er følgende: 1) Søgsmaal mod embeds- og bestillingsmænd, forsaavidt de angaar formentlige forurettelser af disse i udøvelsen af deres embede, tjeneste eller forretninger; dog er ikke sager mod overformyndere og øvrighedspersoner i anledning af umyndiges midler eller mod sagførere i anledning af de dem til udførelse betroede sager indbefattede under undtagelsen (forl.l. 1824 § 29)[5]. L. 4 mai 1901 § 33 undtager udtrykkelig sager angaaende afgjørelser af skibsregisterføreren fra forligsmægling. Det samme er ikke udtrykkelig sagt om de tilsvarende sager mod handelsregisterføreren efter l. 17 mai 1890 § 3; men de maa vistnok antages at omfattes af regelen i forl.l. § 26[6]. 2) Sager angaaende repartition paa amterne af offentlige udgifter (l. 11 februar 1860 § 3). 3) Sager angaaende lovmedholdigheden af ligningsregler (de kommunale skattelove for landet og byerne af 15 april 1882, henholdsvis § 38 og 29). 4) Sager angaaende annullation eller ophævelse af patenter (l. 16 juni 1885 § 28).

§ 18.

OM DE MÆGLENDE AUTORITETER, SÆRLIG OM FORLIGELSES-KOMMISSIONERNES ORGANISATION.

Den i forbindelse med rettergang anordnede forligsmægling foretages dels ved de i foregaaende paragraf nævnte forligelseskommissioner dels ved den ret, der har

[5] Jfr. Ugebl. f. lovk VIII p. 233.
[6] Jfr. Beichmann Udgave af handelsregisterloven p. 15.

at dømme i sagen[1]. Om forligelseskommissionernes anordning findes reglerne i l. 1824, 1ste kap. sammenholdt med l. 8 septbr. 1842 §§ 1—4, l. 17 juni 1880 § 3 og l. 9 mai 1891:

I. Kommissionsdistrikterne bestemmes paa landet af amtmanden uden hensyn til tinglagene saaledes, at ingen maa faa mere end 4 mil til kommissionsstedet (l. 1824 § 1), hvorhos hvert formandskabsdistrikt er berettiget til at faa sin egen kommission (l. 1842 § 5). Hver kjøbstad og hvert ladested, hvori bor flere end 20 familier, udgjør et eget distrikt (l. 1824 § 1).

II. Kommissionen bestaar regelmæssig af to medlemmer (l. 1824 § 1), men af tre, naar der i landdistrikterne skal foretages mægling paa aastedet (l. 1880 § 3). I sidste tilfælde maa en kommissionsbeslutning kunne fattes med stemmeflerhed; ellers udkræves enighed. Loven anviser ikke noget af kommissionens medlemmer nogen særstilling som formand eller opmand. En undtagelse gjælder dog efter l. 1869 § 5, forsaavidt angaar beslutninger om erstatning til indklagede for spildt møde, idet i ladesteder og landdistrikter den protokolførende kommissær ved sin stemme gjør udslaget og i kjøbstæderne den kommissær, der ved lodtrækning bestemmes som opmand.

III. Forligelseskommissærerne vælges af og blandt distriktets stemmeberettigede indvaanere, idet der for hver ledig plads af vedkommende formænd og repræsentanter foreslaaes tre kandidater, uden at dog dette forslag er bindende (l. 1824 § 4, l. 1842 § 1 og l. 1891). Blandt disse vælges ogsaa en suppleant (l. 1824 § 4, l. 1842 § 1 og l. 1880 § 3)[2]. Stemme kan afgives skriftlig eller mundtlig, men forudsætter, naar der ikke foreligger forfald, personligt fremmøde (se l. 14 mai 1872).

[1] Hvor retten optræder som forligsmægler, gjælder om dens anordning intet særeget. Særegne mæglende organer er anordnede ved lappeloven af 2 juni 1883 §§ 10 og 11 jfr. § 13 i. f.

[2] Se om fremgangsmaaden ved valget af suppleant nærmere dept.skr. 5 novbr. 1856 og 13 jan. 1879; om konstitution af forligelseskommissær se dept.skr. 20 septbr. 1893 og om valget af aastedsforligelseskommissærer dept.skr. 13 april 1894. Den, der oprindelig er valgt til aastedsforligelseskommissær, maa senere kunne vælges til ordinær kommissær.

Valget gjælder for 3 aar; men gjenvalg er ikke udelukket (l. 1824 § 6, jfr. dept.skr. 20 septbr. 1893).

Valgbar er enhver «god mand» (l. 1824 § 4) inden eller udenfor valgkredsen[3], der har fyldt 25 aar, og hvis stemmeret efter grundloven ikke er suspenderet eller tabt (l. 1824 § 8), uden at iøvrigt særlige positive kvalifikationer kræves. Dommere skal være undtagne fra at udnævnes til forligelseskommissærer i deres jurisdiktioner og ligesaa sagførere i det distrikt, hvor de har ret til at procedere (l. 1824 § 9).

Den valgte er pligtig til at modtage valget, saafremt han bor indenfor kommissionsdistriktet og ikke har lovligt forfald, hvis gyldighed afgjøres ved dom eller ved amtmandens skjøn efter vedkommendes valg, eller han allerede har forrettet en vis i loven nærmere bestemt tid (se l. 1824 § 7).

Amtmanden har at udfærdige beskikkelse for den valgte (forl.l. 1824 § 4); og saadan bliver at negte, hvor valget ikke er skeet under iagttagelse af lovens regler eller hvor den valgte ikke er i besiddelse af de lovbestemte egenskaber[4].

Hvervet er lønnet med sportler og reisegodtgjørelse (se sptl. 6 aug. 1897 kap. XII).

IV. Første gang en kommissær tager sæde i kommissionen, har han at aflægge ed (l. 1824 § 16).

V. Om inhabilitet for forligelseskommissærer bestemmer forl.l. 1824 § 13, at den, der er part i sagen[5], er absolut inhabil, og den, der er besvogret[6] eller beslægtet med nogen af parterne saa nær som i 2det led, skal fratræde ved mæglingen, hvis den anden part forlanger det.

[3] Jfr. Schweigaard I. p. 22—3.

[4] Jfr. dept.skr. 14 juli 1845.

[5] Jfr. Ugebl. f. Lovk. VIII p. 500; Retst. 1900 p. 371; dept.skr. 21 april 1879; 30 april og 20 decbr. 1881; 30 aug. 1894; 10 aug 1896 (sparebanksdirektører inhabile i bankens sager, derimod ikke revisorer og forstandere). At forligelseskommissæren er fuldmægtig for parten bør ligestilles med, at han selv er part (jfr. dept.skr. 10 aug. 1896). Derimod kan ikke slægtskab med fuldmægtigen ligestilles med slægtskab med parten (dept skr. 26 novbr. 1900).

[6] Jfr. Retst. 1892 p. 200 ff. (især p. 205).

I stedet for den kommissær, der er inhabil eller har forfald, tilkaldes suppleant. Haves ingen saadan, kan den gjenværende kommissær selv supplere kommissionen (l. 1824 § 14, jfr. l. 8 septbr. 1842 § 3). Er alle kommissærer inhabile eller rammede af forfald, maa amtmanden beskikke sættekommissærer[7].

VI. Tiden for kommissionens møder berammer amtmanden efter at have indhentet kommissionens betænkning, hvorved skal iagttages, at møder som regel skal holdes i kjøbstæderne en gang om ugen, i ladestederne hver 14de dag og paa landet en gang i begyndelsen af hver maaned (l. 1824 § 11 jfr. § 17). Udenfor disse tider maa efter § 21 «forligelseskommissionerne ikke foretage nogen sag til mægling». Virkningen af, at en sag udenfor de bestemte tider er antagen til mægling, er som følge heraf, at denne er ugyldig, og at sagen maa afvises fra retten[8]. Derimod beholder selvfølgelig et ved et saadant kommissionsmøde afsluttet forlig sin virkning som kontrakt.

Fra hovedregelen gjør l. 1824 § 21 undtagelse for følgende tilfælde, i hvilke mægling kan foregaa ved en for den enkelte sag berammet extrakommission: 1) Sager, hvor a) nogen af parterne er gjæst[9], og tillige b) sagen er opstaaet af hans ophold paa stedet. Hver af parterne maa under disse betingelser kunne forlange extrakommission[10]. 2) Aastedssager (jfr. l. 17 juni 1880), om hvilke mere nedenfor under VII. 3) Naar indklagede har været fraværende ved indkaldelsen og af den grund ikke kan møde, kan klageren forlange extrakommission. 4) Naar ifølge forl.l. 1824 § 14 en anden god mand maa tilkaldes i den ordentlige forligelseskommissærs sted og ikke kan komme tilstede den ordentlige kommissionsdag, kan kommissionen anordne extraordinært møde. 5) I Nordland og Finmarken samt i distrikter, hvor der ikke er anordnet maanedlige kommissionsmøder, kan amtmanden paa klagerens begjæring med

[7] Jfr. Schweigaard I p. 23 og det der citerede; dept.skr. 25 aug. 1899; jfr. dog l. 1842 § 3 i. f, der imidlertid ikke kan antages at sigte til det i texten nævnte tilfælde.

[8] Jfr. Schweigaard I p. 24; se ogsaa nedenfor p. 108 og 109.

[9] Jfr. om dette begreb Anden del p. 146.

[10] Jfr. Schweigaard I p. 25.

forligelseskommissionens samtykke bevilge extrakommissions afholdelse.

Om klokkeslettet for kommissionens møder og disses varighed findes bestemmelser i l. 1824 §§ 19 og 20.

VII. Stedet for kommissionens afholdelse bestemmes af formandskabet (l. 1842 § 3 jfr. l. 1824 § 17). Om forligsmægling paa aastedet bestemmer l. 17 juni 1880 §§ 1 og 2 følgende: Forlangende om mægling paa aastedet kan fremsættes saavel af klageren som af indklagede (det sidste dog kun, hvis klageren møder og ikke frafalder sagen). Andragendet kan afslaaes, hvis forligelseskommissionen finder granskning paa aastedet unødvendig. Ellers giver den klagen eller kaldseddelen paategning om, at sagen udsættes til behandling paa aastedet og berammer tid og sted herfor.

Af egen drift kan forligelseskommissionen ikke foranstalte aastedsmægling. Finder den ei at kunne mægle uden granskning af aastedet, skal den henvise sagen til retten, der isaafald har at mægle forlig (l. 1880 § 1 i. f.)

VIII. Forligelseskommissionerne skal efter l. 1824 § 22 holdes for lukkede døre, hvorhos samme lovs § 79 paalægger forligelseskommissærerne og enhver, der i embeds medfør er tilstede i kommissionen, taushedspligt med hensyn til det der forhandlede, ligesom samme paragraf forbyder, at der meddeles attester, føres vidner, eller noget gives beskrevet om det, som angaaende den indklagede sag under forligsmæglingen er blevet foreslaaet, tilstaaet eller forhandlet[11], en forskrift, som dog l. 1842 § 6 har modificeret derhen, at forligelseskommissionen paa vedkommende parts forlangende skal meddele bevidnelse om hans endelige forslag til forlig (jfr. l. 8 mai 1869 § 12, der i det der nævnte tilfælde gjør det til pligt for forligelseskommissionen at give saadan bevidnelse). — Taushedspligten gjælder ikke, forsaavidt angaar fornærmelser, som den ene part har tilføiet den anden i kommissionen (l. 1824 § 60)

[11] Dette forbud er ikke til hinder for, at forligelseskommissærerne føres som vidner om et forligs mening; jfr. Ugebl. f. lovk. V p. 405.

IX. Om protokolførsel ved forligelseskommissionerne indeholdes forskrifter i forl.l. 1824 § 10 jfr. § 15 samt sptl. 6 aug. 1897 nr. 3 § 1. Den føres af den ene af kommissærerne efter amtmandens bestemmelse. Om attester og udskrifter af protokollerne findes forskrifterne i l. 1824 § 79 og l. 1842 § 6, jfr. l. 8 mai 1869 § 12; sptl. 1897 §§ 87 og 88.

§ 19.

SAGERNES FORDELING MELLEM DE MÆGLENDE AUTORITETER.

I denne henseende kommer dels i betragtning a) forholdet mellem forligelseskommissionerne og retterne, dels b) forholdet mellem de enkelte kommissions- eller retskredse.

Ad a) Den store regel er, at mægling skal foregaa ved kommissionerne, og i forhold hertil fremtræder de tilfælde, hvor den kan foregaa ved retterne, som undtagelser. Disse tilfælde er: 1) private politisager (l. 1824 § 23), 2) gjæsteretssager (l. 1824 § 24), 3) søretssager (l. 1824 § 24 jfr. søf.l. 20 juli 1893 § 317), 4) handelsretssager (l. om handelsretter 20 decbr. 1903 § 11), 5) vexelsager (l. 1824 § 24 jfr. l. 17 juni 1880 § 2, 3dje led), 6) sager, der hører under militær ret (l. 1824 § 25) eller 7) skifteret (l. 1824 § 26 jfr. konkursl. § 54), 8) sager til inddrivelse af auktionsgjæld under 120 kr. (l. 8 sept. 1842 § 5), 9) sager, der opstaar i anledning af en husmands udkastelse fra sin plads (husmandsl. 24 sept. 1851 § 16), 10) tvistigheder angaaende expropriation (l. 10 mai 1860 § 2), 11) aastedssager, der af forligelseskommissionen er henviste til retten, fordi den ikke ved aastedsbefaring kunde mægle i sagen (l. 1880 § 1 jfr. l. 1824 § 32), 12) tvistigheder opstaaede under offentlig udskiftning (l. 13 marts 1882 § 62, der forøvrigt ikke udtaler sætningen saa utvetydigt som den ældre l. 12 oktbr. 1857 § 17 jfr. § 20, men dog vistnok ikke har tilsigtet nogen forandring i den ældre ret paa dette punkt), eller 13) under en ordning af jordforholdene i Finmarken i henhold til l. 24 april 1869 (se loven § 2), samt 14) skjøn angaaende

skadeserstatning for visse foranstaltninger i vasdrag o. lign. (vasdragsl. 1 juli 1887 § 63).

I almindelighed maa disse lovbud forstaaes saaledes, at de kun tillader, ikke paabyder at gaa forligelseskommissionen forbi (jfr. udtrykket «behøver» i forl.l. 1824 § 23). Hvor gjæsteretsbehandling grunder sig paa sagvolderens stilling som gjæst[1], samt hvor foranledningen til mægling opstaar under en forretning, der allerede er anhængig ved vedkommende ret (udskiftning, skifte, konkurs), synes dog ikke klageren ensidig at kunne vælge behandling ved forligelseskommissionen.

Ad b) Angaaende den stedlige kompetensfordeling mellem de til mægling berettigede domstole henvises til afsnittet om værneting (§ 35). Angaaende forholdet mellem de for de forskjellige distrikter anordnede forligelseskommissioner findes reglerne i forl.l. af 1824 §§ 39 og 40 jfr. firmal. 17 mai 1890 § 34. Hovedregelen, der dog er fravigelig ved overenskomst mellem parterne (forl.l. 1824 § 40), er som ved værneting (se nedenfor § 33), at indklagedes bolig er afgjørende. Herfra gjøres der i den citerede § 40 tvende undtagelser: 1) Naar flere, som er interesserede i en sag, bor eller opholder sig i forskjellige kommissionsdistrikter, kan klageren indklage alle for den af de flere kompetente kommissioner, som han finder bekvemmest. 2) Naar sagen angaar fast eiendom, skal sagen behandles af kommissionen i det distrikt, hvor eiendommen er beliggende, en regel, som dog med begge parters samtykke maa kunne fraviges, da aastedsmægling af retten aldrig kan anordnes *ex officio*[2]. Forøvrigt maa bestemmelsen fortolkes overensstemmende med den tilsvarende regel for værneting, hvorom henvises til § 33. 3) Den tredje undtagelse opstilles af l. 17 mai 1890 § 34 for registrerede firmaer. Ogsaa denne regel er fælles for forligelseskommissionerne og retterne[3]. Men iøvrigt gjælder ikke de undtagelser, som er opstillede fra hovedregelen om, at værnetinget bestemmes ved hjemstedet (saasom reglerne om be-

[1] Schweigaard I p. 33—4; Retst. 1874 p. 683 (søretssag).
[2] Jfr. Schweigaard I p. 39.
[3] Jfr. mere om regelen i § 33.

talings- og administrationsværneting), ligeoverfor den tilsvarende regel om forligelseskommissionerne[4].

L. 1824 § 40 nævner ogsaa som undtagelse det tilfælde, at den indklagede er kurator for mindreaarige; men at den mindreaariges bolig her bestemmer kommissionsstedet, er ingen undtagelse fra hovedregelen, idet det i disse sager er den mindreaarige, som er hovedmanden.

§ 20.

FORLIGSMÆGLINGENS PARTER OG DERES PLIGT TIL PERSONLIGT MØDE.

Om forligsmæglingens parter gjælder i det væsentlige det samme som om selve processens parter, hvorom mere i 3dje hovedafsnit. At en, der er klager eller indklaget for forligelseskommissionen, ikke antages at have raadighed over sagens gjenstand, bevirker saaledes ligesaalidt her som under rettergang, at sagen afvises[1].

Særeget for forligsmæglingen er det, at loven for at gjøre mæglingen saa effektiv som muligt har opstillet den fordring, at parterne skal møde personlig (l. 1824 § 50). Denne fordring gjælder i almindelighed saavel for forligsmægling ved retterne som ved kommissionerne[2]. En undtagelse gjælder dog for tvistigheder under skifte eller konkurs, idet her efter l. 1824 § 26 og konk.l. § 54 rettens forligsmægling kun skal ske, «forsaavidt parterne er nærværende», et udtryk, der ikke maa forstaaes saaledes, at kun mæglingen ved retten er betinget af parternes nærvær, og at den skulde ske ved kommissionen, naar de udeblev[3]. Det samme gjælder efter l. 10 mai 1860 § 2 jfr.

[4] Jfr. Schweigaard I p. 38—9.

[1] Jfr. nedenfor p. 133 og § 45; Retst. 1898 p. 683. Jfr. dog Hambro Byretsdomme nr.ne 1699 og 1707.

[2] Jfr. Schweigaard I p. 47. For retternes vedkommende er dette ikke udtrykkelig udtalt; men da ganske de samme grunde gjør sig gjældende her, maa analogien fra forl.l. 1824 § 50 være afgjørende. Se Retst. 1895 p. 127.

[3] Det er dog ikke rigtigt med Schweigaard I p. 34 at anse § 26 som en undtagelse fra nødvendig forligsmægling overhovedet. Ti hvis parterne har mødt og forligsmægling er undladt, har dette den sædvanlige følge (sagsbehandlingens ugyldighed). Jfr. Anden del p. 183—4.

vasdragsl. 1 juli 1887 § 63, og vistnok ogsaa efter udskiftn.l. 13 marts 1882 § 62[4].

Forøvrigt mærkes om hovedregelen i det enkelte:

1) Berettiget til at møde ved fuldmægtig er efter § 50: a) parter, som bor eller opholder sig udenfor vedkommende kommissionsdistrikt, eller som b) har lovligt forfald jfr. l. 1824 § 62 («at det formedelst sygdom har været ham umuligt, eller at han som forretningsmand, haandteringsmand eller husfader har befundet sig i saadanne omstændigheder, at han ikke uden at forsømme vigtige og uopsættelige pligter eller udsætte sig for øiensynligt tab selv har kunnet indfinde sig» — altsaa en temmelig vid regel, jfr. til sammenligning N. L. 1—10—1)[5]. For juridiske personer er ingen særegen regel opstillet, men det synes at ligge i forholdets natur, at her maa være en noget videre adgang til benyttelse af fuldmægtig, saa at ikke blot den eller de, der har raadigheden over den juridiske persons anliggender, men ogsaa underordnede betjente kan bemyndiges til at møde[6].

Hvor flere er interesserede i sagen, har høiesteret antaget, at en af dem kan møde paa alles vegne[7].

2) Som fuldmægtige maa ikke antages sagførere eller disses fuldmægtige eller betjente[8] (l. 1824 § 51) undtagen i følgende tilfælde: a) Naar de møder som repræsentanter for boer, i hvilke de er beskikkede som kuratorer eller bestyrere, eller b) for umyndige eller mindreaarige, hvis værger eller kuratorer de er, eller c) naar de møder som fuldmægtige for udenrigs boende personer[9]. — Naar sag-

[4] Jfr. Retst. 1869 p. 193 om den ældre udskiftningslov, hvis udtryk dog var mere bindende.

[5] Jfr. dept.skr. 15 marts 1881. Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 1709, 1711, 1713—1717, 1720, 1721—1725, 1727—9.

[6] Antaget i praxis, hvor f. ex. departementer, der indkaldes til forligelseskommissionen, altid møder ved en af de underordnede funktionærer. Jfr. dog Hambro Byretsdomme nr. 1712.

[7] Retst. 1869 p. 697. Hambro l. c. nr. 1733.

[8] Jfr. om hvem der kan regnes hertil Retst. 1895 p. 43. Hambro Byretsdomme nr.ne 1736—7. — En høiesteretsdom, meddelt i Retst. 1842 p 457, har anseet sagførere befuldmægtigede til at bemyndige en tredjemand til paa deres parts vegne at møde i forligelseskommissionen.

[9] Forl.l. bruger udtrykket «mandatarier», hvilket tildels i forensisk sprogbrug har været benyttet særlig om rettergangsfuldmægtige, der op-

førere repræsenterer juridiske personer som disses valgte eller beskikkede bestyrere, synes forholdet at burde bedømmes, som naar de møder i egen sag.

Iøvrigt indeholder loven om fuldmagten kun, at den maa være en «fuldmagt til at forlige sagen» (§ 50). Som i en senere paragraf vil blive paavist, forudsætter det civilretslige begreb om «forlig» altid en gjensidig opgiven af begge parters paastande; og den mening kunde da tænkes, at fuldmægtigen ikke kunde antages, naar han ikke havde en fuldmagt til ialfald en vis grad af eftergivenhed. Det civilretslige begreb om forlig er imidlertid ikke forligelseslovens. Denne betragter enhver kontrakt, hvorved en retstvist forebygges eller afsluttes, og som er indgaaet for en forligelseskommission eller for en ret, som forlig. Og med dens forudsætninger kan det derfor neppe ansees uforeneligt, om fuldmagten kun tilsteder mindelig overenskomst paa vilkaar af, at parternes hele paastaaede ret erkjendes[10]. Dette kan saa meget vanskeligere bestrides, som man i ethvert fald savner midler til at forebygge fuldmagtens indskrænkning ved hemmelige paalæg, der vistnok ikke vilde være bindende ligeoverfor den anden part, men dog i det væsentlige vilde medføre samme fare for et gunstigt udfald af mæglingen.

Derimod har høiesteret anset det som en omgaaen af lovens regler om forligsmægling, naar den ene part giver den anden en blankofuldmagt til udfyldelse af fuldmægtigens navn, f. ex. i en vexelobligation[11].

Det samme bør vel overhovedet antages om enhver almindelig fuldmagt, som i forbindelse med afslutningen af en kontrakt meddeles til indgaaelsen af forlig i eventuelle retstvister, hvortil dette kontraktsforhold maatte give anledning[12].

træder i eget navn. Dette sidste maa imidlertid ikke opfattes som forl.s forudsætning. — Den i den anførte paragraf givne adgang for sagførere til at møde for udlændinge er ved en byretsdom i Retst. 1892 p. 232 antagen at gjælde ogsaa, naar vedkommende udlænding ved mæglingens tid opholder sig paa stedet.

[10] Jfr. Deuntzer Forligsmægling p. 40; Schweigaard I p. 42.

[11] Se især Retst. 1881 p. 17 ff.

[12] Se Retst. 1893 p. 495 ff., især udtalelserne p. 500—1. Se som undtagelser de i l. om patenter af 16 juni 1885 og statsborgerretsloven af

Sagførere ansees bemyndigede til at meddele forligsfuldmagt paa sine klienters vegne[13].

3) Med hensyn til virkningerne af, at pligten til personligt møde ikke er overholdt, maa der skjelnes mellem a) fuldstændig udeblivelse og b) uberettiget møde ved fuldmægtig.

Ad a) Ved fuldstændig udeblivelse maa atter sondres mellem klagerens og indklagedes udeblivelse. α) Udebliver klageren, skal sagen efter l. 1824 § 53 hæves. Vil klageren senere fremme sagen, maa han paany indkalde til mægling. Derhos kan forligelseskommissionen ved kjendelse efter indklagedes paastand tilkjende ham erstatning for spildt møde (l. 8 mai 1869 § 4). Dette gjælder dog kun, hvis forligelseskommissionen ikke har grund til at antage, at klageren ved lovligt forfald er hindret fra at møde eller lade møde. Nogen undersøgelse om saadant muligt forfald er kommissionen ikke forpligtet til at anstille, og finder den dette spørgsmaal uklart, kan den skyde afgjørelsen fra sig med den følge, at indklagede maa forfølge sin erstatningspaastand i en særskilt retssag. — Om klagerens udeblivelse fra forligsmægling ved retten gjælder samme hovedregel, kun at indklagede her altid har krav paa, at retten paakjender hans krav paa kost og tæring. — β) Udebliver indklagede, har klageren valget, om han vil udsætte sagen (l. 1824 § 54 jfr. §§ 62 og 57) eller faa den henvist til rettergang, hvorhos den uden gyldigt forfald udeblevne indklagede — selvfølgelig dog kun efter paastand fra modparten — skal dømmes til at betale sin vederpart sagens omkostninger i første instans, hvad enten han vinder eller taber sagen, med mindre han beviser at have havt lovligt forfald (§ 54).

Lige med udeblivelse regnes det, at en part møder

21 april 1888 § 10 omhandlede fuldmagter. Endvidere synes retsbrugen at have anerkjendt tilstedeligheden af, at der i gjældsbeviser indtages forligsfuldmagt (endog med ret til at antage submandatar) for tilfælde af, at gjælden ikke betales.

[13] Jfr. Schweigaard I p. 43 og det der citerede (især Retst. 1861 p. 686); J. Bergh i Tidsskr. f. retsv. 1889 p. 34 note 1.

beskjænket (§ 56) eller ved en stedfortræder, der ingen fuldmagt har (§ 55), eller som ikke har lovlig adgang til at møde (§ 51), ligesom ogsaa, at indklagede fremsætter ugrundede indsigelser mod at indlade sig i mæglingen (§ 55). Udeblivelse ved et møde, hvortil sagen er udsat, har samme virkninger som udeblivelse fra først af[14].

Ad b) At en part møder ved fuldmægtig uden dertil at være berettiget, hindrer aldrig selve forligsmæglingen; og forligelseskommissionen har derfor aldrig at undersøge, om han havde berettiget forfald. Heller ikke har retten *ex officio* at foretage saadan undersøgelse. Har begge parter mødt ved fuldmægtig, faar dette overhovedet ingen betydning. Har derimod den ene mødt personlig, den anden ved fuldmægtig, kan den første opfordre ham til at legitimere sit forfald[15]. Denne opfordring maa fremsættes den første rettens dag. Hvis forfald ikke kan legitimeres, maa vedkommende part efter paastand fra modparten betale procesomkostninger i første instans, hvad enten han vinder eller taber sagen (l. 1824 § 62 jfr. § 54).

§ 21.

FORLIGSKLAGEN.

I. Forligsmæglingen indledes ved, at den, der «har nogen klage at føre», «andrager» samme for vedkommende forligelseskommission (l. 1824 § 39). Denne saakaldte forligsklage kan efter den anførte paragraf være saavel mundtlig som skriftlig. Klagen maa indeholde:

1) «Sagen» (jfr. l. 1824 § 41). Det maa her holdes for øie, at retten af forligsklagen skal kunne se, om lovens fordringer til forligsmægling er tilfredsstillende. Ved retten skal ingen sag antages, hvori forlig ei er mæglet, og ingen sag maa ved retten have et videre omfang, end den havde for forligelseskommissionen. Dette hensyn kræver,

[14] Jfr. Schweigaard I p. 42—3. Jfr. forøvrigt om udeblivelse Ugebl. f. lovk. VI p. 240 og IX p. 395.

[15] Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr.ne 1707 og 1741, hvor det med tvivlsom føie er antaget, at indsigelsen er forspilt ved, at parten i forligelseskommissionen har ladet forligsmægling finde sted med modpartens fuldmægtig.

at angivelsen af sagen i forligsklagen maa være saa bestemt, at derved det retskrav, klageren ved rettergangen vil sætte igjennem, er tilstrækkelig individualiseret d. e. kan adskilles fra alle andre mulige krav[1]. Derimod kræves det ikke, at man skal angive en bestemt paastand *(petitum)*, da kravet ogsaa uden en saadan kan være fuldstændig tilstrækkelig individualiseret, og en bestemt forhaandsangivelse af paastanden ikke engang er vel forenelig med forligsmæglingens hensigt. F. ex.: En kjøber klager over, at den leverede vare er kontraktstridig. Herved er kravet fuldstændig tilstrækkelig individualiseret, uden at han behøver at angive, hvorvidt han derpaa grunder krav paa kontraktens omgjørelse, paa erstatning eller paa begge dele. En laangiver klager over, at et af ham ydet rentebærende laan ikke er tilbagebetalt. Hvorvidt han paastaar det hele beløb eller kun en del, eller hvorvidt han tillige kræver renter o. s. v, behøver han i klagen ikke at angive. Har han imidlertid i denne udtrykkelig angivet en bestemt paastand, vil han derved have begrænset det retskrav, som han undergiver forligsmægling, paa en saadan maade, at han ikke under sagen kan udvide søgsmaalet uden ny forligsmægling[2].

Der er intet til hinder for, at en forligsklage omfatter en flerhed af retskrav (klagekumulation)[3]. Gjøres disse retskrav gjældende mod forskjellige personer, vil dog en mægling under ét for dem alle ikke kunne finde sted, med mindre de forskjellige krav er konnexe (udspringer af samme kjendsgjerning eller retsforhold)[4]. At dette ikke er tilfældet, er imidlertid ingen grund for kommissionen til at afvise klagen, naar kun mæglingen foregaar særskilt for hver sag. Er de forskjellige parter «interesserede i en sag», aabner, som før paavist, l. 1824 § 40, nr. 2 en

[1] Jfr. Retst. 1871 p. 52; 1879 p. 45; 1882 p. 38; 1897 p. 858; 1898 p. 74; 1900 p. 154—5; se ogsaa Ugebl. f. lovk. VIII p. 173 og 471 og X p. 137. Om hvad der kræves for at et retskrav skal ansees tilstrækkelig individualiseret se forøvrigt nedenfor § 82, 1.

[2] Om hvorvidt han overhovedet kan udvide søgsmaalet, se forøvrigt nedenfor § 63.

[3] Jfr. Deuntzer Forligsmægling p. 31—2.

[4] Jfr. nedenfor § 46.

adgang til at indkalde dem for samme kommission, der savner sidestykke for rettergangens vedkommende. Dette viser, at forening af klager for forligelseskommissionen ikke er betinget af, at en lignende forening ogsaa kan iværksættes under selve rettergangen.

2) Videre maa klagen indeholde: Indklagedes navn,

3) klagerens navn og

4) vedkommende kommission, til hvilken klagen rettes.

II. Forligelseskommissionen skal efter l. 1824 § 18 bekjendtgjøre visse tider og steder til modtagelse af klager. Saadan modtagelse kan efter § 41 overdrages en enkelt af kommissærerne. Denne har efter samme paragraf, saasnart han har modtaget klagen, at udfærdige en kaldseddel, der kan tegnes paa forligsklagen eller meddeles særskilt, hvilket sidste er nødvendigt, naar klagen er mundtlig. Isaafald maa «sagen» nævnes i kaldseddelen. I denne paalægges parterne at møde til en vis tid for at forhandle ved forligelseskommissionen.

Har klagen mangler, eller angaar den en sag, der ikke er gjenstand for forligsmægling, er forligelseskommissionen berettiget til at afvise den (jfr. l. 1824 § 72); men er den modtagen af en enkelt kommissær, maa han ogsaa kunne udfærdige kaldseddel med forbehold af den samlede kommissions afgjørelse[5]. Den forligelseskommissær, der modtager klagen og udfærdiger kaldseddelen, har paa forlangende at meddele attest om, naar klagen er skeet, hvilken attest, naar klagen angaar en rettighed efter et dokument, kan tegnes paa dette (l. 1824 § 48 i. f.). Om underretning til militære overordnede ved indkaldelse af underofficerer eller menige soldater se l. 1824 § 47.

III. Kaldseddelen leveres til klageren eller hans fuldmægtig, som besørger den behørig forkyndt for den anden part og siden fremlægger den i kommissionen, naar sagen skal foretages til mægling (l. 1824 § 42).

For kaldseddelens forkyndelse gjælder de samme regler som for stevning (se l. 4 juni 1892 § 1)[6].

[5] Schweigaard I p. 28—9, der anbefaler denne fremgangsmaade.

[6] Herom mere i 6te hovedafsnit.

Varslet er i almindelighed inden samme kommissionsdistrikt 2 dage i by og 5 dage paa landet og ellers det samme som for underretterne (se l. 1892 § 20, der har afløst forl.l. 1824 §§ 43—46)[7].

IV. Om forligsklagens virkninger vil blive talt i et senere afsnit under behandlingen af sagsanlæggets virkninger. I almindelighed er at sige, at den betragtes som det første rettergangsskridt, og at derfor de virkninger, der knytter sig til sagsanlægget, allerede indtræder ved dette skridt, dog kun, hvis retsforfølgningen anhængiggjøres senest til første ting, hvortil lovligt varsel kan gives efter forløbet af aar og dag fra sagens henvisning til retten (l. 1824 § 49 jfr. 38). Loven lægger i denne henseende vægten paa forligsklagens udfærdigelse (af kommissionen), altsaa paa dens datum, ikke paa dens forkyndelse.

§ 22.

SAGENS BEHANDLING VED FORLIGELSESKOMMISSIONEN. FORLIGSBEHANDLINGENS AFSLUTNING.

I. For sagens behandling ved kommissionen har loven ingen bestemte former foreskrevet. Forligelseskommissærernes virksomhed skal, som den i § 16 anordnede ed viser, gaa ud paa «troligen og oprigtigen at mægle til mindelig forening mellem de tvistende parter paa saadanne vilkaar, som kunne findes billige, og derved .... søge at forhjælpe enhver til, hvad ret og billigt er». — Kommissærerne har ingen magt til at paalægge parterne at fremlægge de beviser, hvorpaa de støtter sine paastande (l. 1824 § 58), eller til at foranstalte granskninger, som kommissærerne til sin egen orientering finder nødvendige (l. 1824 § 33, l. 1880 § 1). Det beror helt og holdent paa parterne, om og i hvilken udstrækning bevisførsel skal finde sted.

Parternes paastande, tilbud og erkjendelser er

[7] Se forøvrigt om varsel nedenfor § 76.

ganske uforbindende, forsaavidt det ikke kommer til forlig i kommissionen (l. 1824 § 79 4de p.), og kommer overhovedet kun i betragtning ved afgjørelsen af andragender om fri rettergang (l. 1824 § 83 og § 79 i. f.) samt ved eventuel bestemmelse af procesomkostningerne (l. 1842 § 6).

Om udsættelse af mæglingen kan der blive tale i følgende tilfælde (jfr. l. 1824 § 61, l. 1880 § 1):

1) Naar nogen af parterne begjærer aastedsgranskning (l. 1880 § 1).

2) Naar der skal føres vidner (l. 1824 §§ 37 og 59).

3) Naar indklagede udebliver (l. 1824 §§ 54 og 57).

4) Naar han fremsætter indsigelse mod mæglingen (l. 1824 § 55).

5) Naar der opstaar tvivl om den af indklagede sendte fuldmægtigs kompetens (l. 1824 § 55).

Det er kun i det under 1) anførte tilfælde, at begge parter kan forlange udsættelse. I alle andre tilfælde beror det alene paa klageren, om udsættelse skal gives. Dette gjælder selv i det under 2) anførte tilfælde, uden hensyn til, om der hersker uklarhed om sagens rette sammenhæng. Loven anviser ikke her som i det i l. 1880 § 1 omhandlede tilfælde den udvei at lade mægling foregaa ved retten.

Forskjellig fra udsættelse er fortsættelse af en kommissionsbehandling, der ikke har kunnet tilendebringes paa den bestemte dag (se l. 1824 § 19).

II. Under visse betingelser, som nærmere vil blive omhandlede senere[1], kan forligsbehandlingen afsluttes med, at forligelseskommissionen ved kjendelse afgjør selve sagen. Hvor ikke dette finder sted, kan dens befatning med sagen ophøre paa følgende maader:

1) Ved at sagen hæves eller afvises. I virkeligheden betegner disse udtryk, der begge benyttes af loven (se l. 1824 § 72), samme ting: at ingen mægling foretages. Efter l. 1824 § 53 skal sagen hæves, naar klageren udebliver; og efter samme lovs § 55 har klageren, naar indklagede fremsætter indsigelser mod mæglingen,

[1] Se Anden del § 158.

valget mellem at faa sagen hævet eller henvist til rettergang. Afvisning af klagen finder sted, naar forligelseskommissionen *ex officio* finder ikke at kunne foretage mægling i sagen, f. ex. fordi den finder, at sagen ikke er underkastet forligsmægling, at klagen lider af nogen væsentlig mangel, at parten er inhabil (derimod ikke fordi parten er inkompetent med hensyn til sagens gjenstand, se foran p. 124).

At sagen hæves eller afvises, har ingen indflydelse paa indklagedes ret til at kræve erstatning for spildt møde. Saadan ret tilkommer ham efter l. 1824 § 53 kun, hvor klageren er udebleven.

I tilfælde, hvor forligsprøve anstilles ved retten, er altid afvisning en følge af sagsøgerens udeblivelse saavelsom af mangler ved stevnemaalet, ligesom her de almindelige regler om procesomkostninger kommer til anvendelse. Herom mere i et senere afsnit.

2) Ved at sagen henvises til retten, hvilket finder sted: a) naar forligsmæglingen er bleven uden resultat, b) naar indklagede ikke møder, c) naar han fremsætter indsigelse mod mæglingen samt d) naar der opstaar tvivl om den af indklagede sendte fuldmægtigs kompetens. I de tvende sidste tilfælde beror dog henvisningen paa klageren, der i de under b), c) og d) nævnte tilfælde har det valg at kunne fordre sagen udsat og i de under c) og d) nævnte tilfælde tillige at kunne fordre den hævet (se foregaaende side)[2]. Har i de tvende sidstnævnte tilfælde henvisning til retten fundet sted, skal denne i forbindelse med hovedsagen paakjende de gjorte indsigelser og, hvis disse findes grundede, afvise stevningen, men ellers anse indklagede som udebleven (l. 1824 § 55 i. f.)[3].

[2] Efter ordlyden i § 55 ser det ud, som om sagen skulde kunne henvises til rettergang ogsaa, naar indklagedes indsigelse gaar ud paa, at sagen ikke hører under forligelseskommissionen; og Schweigaard I (p. 26—7) anbefaler kommissionen at tage loven paa ordet for at undgaa ansvar; men dette strider mod forudsætningen i l. 1824 §§ 29 og 30 ikke mindre end mod sagens natur, der tilsiger, at kommissionen ikke antager nogen sag, som ikk hører for den (jfr. ogsaa Schweigaard selv l. c.).

[3] Jfr. Ugebl. f. lovk. IV p. 401 ff. (især p. 402).

Henvisningen gjælder efter l. 1824 § 38 i aar og dag, saa at, hvis sagen ei gjøres anhængig til det første ting efter nævnte termins forløb, til hvilket lovlig stevning kan udtages, skal det ansees, som om sagen ikke var henvist. Sagsøgeren maa, om han senere vil anlægge sag, atter bringe den ind for forligelseskommissionen.

Ved forligsprøve for retten bliver der ikke tale om nogen ligefrem henvisning, idet selve rettergangen umiddelbart slutter sig til forligsprøven.

Bliver sagen af retten afvist, taber den ved retten prøvede forligsmægling sin gyldighed, medens dette neppe gjælder en ved kommissionen prøvet mægling, naar afvisningen ikke beror paa en mæglingen vedrørende mangel[4].

3) Ved forlig. Parterne er fuldstændig ligesaa raadige over forligets indhold som over indholdet af en hvilkensomhelst anden kontrakt. Den mæglende autoritet har alene at paase: 1) at forliget ikke strider mod lov og ærbarhed eller i det hele forføier over noget, der er unddraget privat forføining. Særlig har l. 1824 § 35 forbudt kommissionen at bevilge ægteskabsskilsmisse eller separation fra bord og seng[5]; 2) at forliget ikke indeholder det vilkaar, at sagen skal afgjøres ved en af parternes ed (l. 1824 § 66). Forlig af denne art maa den mæglende autoritet negte at modtage og protokollere. Kan parterne ikke bringes til at opgive et forlig af saadant indhold, maa sagen henvises til retten.

Forliget skal nøiagtig indføres i forligelseskommissionens protokol og underskrives af parterne (l. 1824 § 63).

§ 23.

FORLIGETS VIRKNINGER.

1. Ved et forlig i civilretslig forstand menes en aftale, hvorved parterne enes om at afgjøre en tvist om deres retsforhold ved gjensidige indrømmelser. De ind-

[4] Jfr. Deuntzer Forligsmægling p. 53.

[5] Jfr. om den historiske foranledning til dette bud Nellemann Egteskabsskilsmisse efter kongelig bevilling (1882) p. 77.

rømmelser, som et forlig kan indeholde, bestaar enten deri, at et krav nedsættes mod, at den resterende del erkjendes af den anden part, eller at kravet opretholdes i sin helhed, men at fordringshaveren forpligter sig til at yde et vederlag, eller at kravet erstattes med et andet.

Hvis derimod ingen indrømmelser gjøres fra nogen af siderne, idet enten den, mod hvem kravet reises, helt erkjender det, eller den, der reiser kravet, helt frafalder det, foreligger, civilretslig seet, intet forlig, men efter omstændighederne en anerkjendelseskontrakt eller en gave[1]. I forligelseslovgivningens forstand maa imidlertid utvivlsomt ogsaa disse aftaler, naar de afsluttes for forligelseskommissionen, retten eller de i l. 1824 § 85 tilsigtede myndigheder, blive at bedømme som forlig (altsaa navnlig i henseende til de i l. 1824 §§ 68, 69 og 74 omhandlede regler); men indeholder et forlig en gave, maa vistnok konkurslovens omstødelsesregler i § 42 finde anvendelse paa det.

Indeholder forliget en anerkjendelse af en ældre forpligtelse, ligger deri i og for sig ingen novation, men forligets indflydelse paa det ældre retsforhold og dettes akcessorier (navnlig sikkerhedsrettigheder som kaution) vil afhænge af forligets eget indhold[2].

II. Efter l. 1824 § 68 skal et ved forligelseskommissionen indgaaet forlig have samme retsvirkning som en usvækkelig og upaaankelig dom; og efter § 84 skal samme virkning tilkomme et for retten indgaaet forlig, og det ikke blot i de tilfælde, hvor retten efter lovens 2det kapitel træder i forligelseskommissionens sted som forligsmægler, men ogsaa, hvor parterne for retten indgaar forlig i en sag, der engang er bleven henvist fra forligelseskommissionen til retten, eller i hvilken forligelseskommissionen urettelig er forbigaaet[3].

[1] Jfr. c. 38 C. 2. 4: *Transactio nullo dato vel retento sev promisso minime procedit*, jfr. fr. 1. D. 2. 15.

[2] Jfr. om pant Hagerup Panteret (2den udg.) p. 441—2.

[3] Jfr. Schweigaard II p. 311. — Det samme skal efter § 85 gjælde forlig, som indgaaes for nogen til at mægle forlig ved speciel lov bemyndiget autoritet (f. ex. magistraten i skilsmissesager, se foran § 17, note 1.)

Forligets ligestillethed med en dom viser sig i følgende retninger:

1) Det er paa samme maade som en dom exigibelt (jfr. l. 1824 § 69). Dette forudsætter dog, at parterne udtrykkelig har fastsat en bestemt tid, inden hvilken det skal opfyldes (l. 1824 § 64). Forskjelligt fra, at der i forliget selv sættes en saadan termin for dets opfyldelse, er det, at det retskrav, som forliget angaar, ikke er forfaldent, idet det er knyttet til en tidsfrist eller en betingelse. At dette sidste er tilfældet, hindrer efter forligelsesloven ikke, at der derom kan sluttes exigibelt forlig[4]. Er der f. ex. afsluttet et forlig om at voldgive et krav, kan det i forbindelse dermed i forliget aftales, at det ved voldgiftskjendelse tilkjendte beløb skal kunne inddrives ved exekution. Derimod kan der naturligvis ikke sluttes forlig om fordringer, der ved forligets indgaaelse endnu slet ikke var stiftede, end ikke som betingede[5].

Gaar forliget ud paa, at noget skal iværksættes (f. ex. vand afledes, et gjærde opsættes eller nedrives, en vei udlægges eller deslige), maa forliget for at kunne exekveres indeholde aftale om et tvangsmiddel (løbende mulkt; jfr. l. 1824 § 64). Derimod behøver et forlig, der gaar ud paa udredelsen af penge, ikke udtrykkelig at indebolde aftale om aftvingelighed, idet denne følger af sig selv.

Gaar forliget ud paa stiftelsen af en tinglig ret, maa de for saadanne foreskrevne former (altsaa navnlig tinglysning ved fast gods) iagttages, for at retsstiftelse skal ansees fuldbyrdet i forhold til tredjemand; jfr. l. 1824 § 65.

2) Forlig er tillagt samme retskraft som en dom. For at forstaa betydningen heraf, maa man erindre, at en

[4] Jfr. Nellemann Læren om exekution (1896) p. 36 ff.; Deuntzer Forligsmægling p. 64. Den afvigende mening, der forfegtes af Schweigaard II p. 271—2, er uden støtte i loven; og den paaberaabte analogi fra, hvad der gjælder domme, kan ikke her være afgjørende.

[5] Heller ikke vil man ved at indgaa exigibelt forlig for uforfaldne fordringer kunne omgaa reglerne for stiftelse af kontraktspant i løsøre; og naar et saadant forlig afsluttes i tilfælde, hvor der intet spørgsmaal om rettergang foreligger, vil et i medhold af forliget givet udlægspant i kollisionstilfælde blive at bedømme som kontraktsmæssigt. Jfr. herom Hagerup Panteret (Anden udg.) p. 123; Getz i Retst. 1885 p. 587 nederst.

kontrakt i visse henseender er endnu mere bindende end en dom, idet den sidste kan angribes, ikke blot som manglende de for en gyldig dom nødvendige egenskaber, men ogsaa som i sit indhold urigtig, d. e. forudsættende andre fakta end de virkelige eller byggende paa urigtige retssætninger. En kontrakt kan alene angribes efter kontraktslærens regler om viljeserklæringers mangel paa forbindende kraft. Men paa grund af saadanne mangler skulde den kunne angribes uden nogen begrænsning. Det særegne ved forlig, indgaaede for retten eller forligelseskommissionen, er nu imidlertid, at selv de angreb paa forliget, der bygges paa saadanne mangler, er underkastede samme indskrænkning som angreb paa en dom. Efter l. 1824 § 74 maa nemlig et forlig, der menes at mangle nogen af de til en kontrakts gyldighed nødvendige egenskaber, inden 6 maaneder fra dets afslutning indstevnes for overretten for at kjendes uefterretteligt. Udtrykkene i l. 1824 § 68, der tillægger forliget samme virkning som en upaaankelig og usvækkelig dom, er forsaavidt mindre nøiagtige.

Det er kun de indsigelser mod forliget, der gaar ud paa, at dette «mangler de til en kontrakts gyldighed fornødne egenskaber», der efter l. 1824 § 74 maa gjøres gjældende gjennem appel[6]. Derunder indgaar alle de grunde, der efter den almindelige kontraktsret bevirker, at et i det ydre foreliggende samtykke retslig ikke kan betragtes som et saadant. Hertil hører utvivlsomt manglende handledygtighed hos den, der har afsluttet forliget, uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring, tvang, svig. Efter ordene gjælder, strengt taget, det samme ogsaa, hvor forliget er ugyldigt paa grund af, at indholdet er ulovligt eller umuligt. Imidlertid er det selvsagt, at ingen exekution kan finde sted, hvor selve den stipulerede ydelse, der søges inddreven, er umulig eller ulovlig. Men hvor dette ikke er tilfældet, skulde appel være fornøden for at gjøre gjældende, at forligets grund var ulovlig eller usædelig[7].

[6] Jfr. Retst. 1892 p. 200.
[7] Jfr. Schweigaard I p. 29.

Er forliget afsluttet efter en falsk fuldmagt, foreligger der end ikke i det ydre et samtykke fra vedkommende: og forliget maa derfor her være virkningsløst uden appel[8]. Er derimod en virkelig fuldmagt forfalsket, synes de almindelige regler om uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring at maatte komme til anvendelse.

Er forliget knyttet til en betingelse, bortfalder dets virkninger selvfølgelig af sig selv uden appel, naar betingelsen brister.

Tvivlsommere er spørgsmaalet om, ad hvilken vei den indsigelse, at forliget er indgaaet under en stiltiende forudsætning, der viser sig at have været vildfarende, skal gjøres gjældende[9].

[8] Jfr. Getz Paaanke p. 32 jfr. 167; Retst. 1861 p. 749 og 1889 p. 702 ff. Indsigelse vil her kunne fremsættes for exekutionsretten. Men forligets ugyldighed maa ogsaa kunne bringes ind for retten ved et (negativt) fastsættelsessøgsmaal.

[9] Spørgsmaalet om, hvorvidt og under hvilke betingelser en saadan vildfarelse bliver at tillægge virkning, tilhører civilretten; jfr. Windscheid Pandecten § 414 og sammes afhandling i Archiv für die civ. Praxis 78 bd. p. 186—7 jfr. Lenel i samme tidsskrift 79 bd. p. 80 og Regelsberger sammesteds 47 bd.; Sturm Die Lehre vom Vergleich (1889); Paul Der Vergleich im Civilprozess (1898); Gjelsvik Den norske privatrets lære om vildfarelse (1897) p. 60—1. Her skal kun fremsættes et par bemærkninger om dette i vor litteratur lidet behandlede spørgsmaal: Angaar forliget et retsforhold, hvis tilværelse ikke har været omtvistet mellem parterne, men hvis nærmere indhold forliget tilsigter at ordne, maa det antages at være en forudsætning for forliget, at retsforholdet overhovedet bestaar. F. ex.: Forliget angaar størrelsen af et legat; senere viser det sig, at vedkommende testament var ugyldigt. Eller: Forliget angaar alimentationsbidrags størrelse; senere bevises det, at vedkommende, til hvem alimenterne er bestemt, slet ikke staar i det formodede slægtskabsforhold til alimentyderen. Denne sætning er andetsteds almindelig anerkjendt (jfr. dog Regelsberger i Arch. f. d. civ. Pr. 47 bd. p. 161), men vil hos os paa grund af den herskende konfusion med hensyn til grænserne for *condictio indebiti* maaske møde modsigelse. Ogsaa andetsteds omstridt er det, om et forlig, der angaar selve retsforholdets tilværelse, kan angribes, naar parterne bagefter kommer til kundskab om, at kjendsgjerninger, som begge parter ved forligets ingaaelse har anseet som sikre, og som derfor ikke var gjenstand for tvivl eller tvist mellem dem, ikke er tilstede. F. ex.: A. har som arving efter B. sluttet forlig med en af B.s kreditorer; senere viser det sig, at A. ikke er arving. Eller: A. har som testamentsarving

Svaret kan her tænkes at blive noget forskjelligt efter den forskjellige civilistiske konstruktion af disse tilfælde: De, der bedømmer forudsætninger væsentlig paa samme maade som betingelser[10], maa nødvendigvis ogsaa i den her omhandlede henseende ligestille de første med de sidste. Dette turde ogsaa ialfald i denne anvendelse være det rigtige, forsaavidt det, der er forudsætningens indhold, er noget fremtidigt. Tilhører det derimod fortiden, og der saaledes fra parternes side foreligger en vildfarelse, er det vistnok mest stemmende med forligelseslovens forudsætninger, at tilfældet behandles paa samme maade som naar der foreligger en sand ugyldighedsgrund, og at saaledes indsigelser grundet paa bristende forudsætninger som de, hvorpaa exempler findes i note 9, alene kan gjøres gjældende gjennem appel.

Omstødelse af et forlig i medhold af konkurslovens regler (gave, pantsættelse o. s. v.) sker ikke ved appel, men ved søgsmaal *a prima instantia* (jfr. konkurslovens § 49).

Om indsigelser mod forliget, der ikke grunder sig paa dette selv, men paa omstændigheder, som staar i forbindelse med forligsmæglingen, vil blive talt i næste paragraf.

§ 24.

MANGLER VED FORLIGSMÆGLINGEN OG PRØVELSEN AF DE MÆGLENDE AUTORITETERS AFGJØRELSER.

I. Hvilke mangler der kan blive tale om, at en forligsmægling lider af, vil fremgaa af det foregaaende. For oversigtens skyld skal de sammenstilles her. De kan henføres til to klasser:

sluttet et forlig med B., hvorefter denne frafalder krav ianledning af en formfeil ved testamentet; senere viser dette sig at være falskt. Eller: A. har sluttet forlig om en ting, som han har kjøbt af B., men som C. gjør ham stridig, fordi han paastaar, at den tilhørte D., hvis arving C. forudsættes at være. Senere viser det sig, at ikke C., men A. var D.s arving. Det rette turde dog være ogsaa her at anse forliget angribeligt. — Ogsaa regnefeil synes at maatte bedømmes paa samme maade.

[10] Jfr. saaledes J. Lassen Haandbog i obligationsretten. Almindelig del § 18.

a) Mangler, der hidrører fra, at absolute procesregler er tilsidesatte:

1) Sagen er ikke gjenstand for forligsmægling.

2) Forligelseskommissionen er ikke lovlig besat (ikke rigtig valgt, medlemmerne ikke valgbare), ikke fuldtallig (der er f. ex. undladt at tilkalde aastedsforligelseskommissær). Hermed maa ligestilles, at en forligelseskommissær er absolut inhabil som part i sagen, eller at han ikke har aflagt den lovbefalede ed.

3) At forligelseskommissionen har været afholdt udenfor de tider, til hvilke dens kompetens efter § 21 er knyttet.

4) At forligsbehandlingen er foregaaet for aabne døre.

5) At sagen er henvist til rettergang, uagtet klageren er udebleven[1].

6) At sagen er henvist til rettergang, fordi forligelseskommissionen urettelig har anset indklagede som udebleven (l. 1824 §§ 52 og 56).

7) At vedkommende part ikke har været juridisk handledygtig (proceshabil).

8) At en mødende fuldmægtig har været inhabil (§ 51) eller utilstrækkelig legitimeret.

b) Mangler, hidrørende fra tilsidesættelse af dispositive procesregler:

1) At indklagede ikke har faaet lovligt varsel.

2) At klagen ikke er forkyndt paa rette maade.

3) At sagen er indbragt for urigtig kommission (§§ 39 og 40).

4) At forligelseskommissionen urettelig har afslaaet en parts begjæring om aastedsgranskning (l. 1880 § 1).

5) At den i andre tilfælde urettelig har afslaaet en udsættelsesbegjæring.

6) At den har henvist sagen, uagtet parterne var villige til at forlige den.

7) At en forligelseskommissær, der er relativt inhabil, ikke har iagttaget forskriften i l. 1824 § 13.

II. Er forligsmægling helt undladt, kan sagen ikke antages til behandling af retten.

[1] Jfr. Retst. 1901 p. 649.

Mangelen kan ikke afhjælpes ved, at forligsmægling finder sted, medens sagen staar for retten; jfr. l. 1824 § 37, der forbyder at udtage stevning til retten, før forligsmægling er prøvet. Sagen skal, hvis dette dog er skeet, afvises. Det samme gjælder, hvis forligelseskommissionens henvisning er forældet efter l. 1824 § 38.

Hvor forligsmægling skal foregaa ved retterne, kan saggivelse ikke finde sted, før mæglingen er foregaaet; og sagen maa afvises, hvis ordenen har været den omvendte[2].

Kommer en sag, i hvilken foreskreven forligsmægling er undladt, under prøvelse af overordnet ret, maa denne paa embeds vegne kjende sagsbehandlingen ugyldig[3].

Hvad virkningerne af mangler ved forligsmæglingen angaar, maa der sondres:

α) Er sagen af forligelseskommissionen henvist til retten, uagtet der klæber nogen mangel ved den, maa sagen afvises, i de under a) omhandlede tilfælde *ex officio*, i de under I—b) nævnte efter paastand af vedkommende part. Forligelseskommissionens afgjørelser er ikke paa nogen maade bindende for retten[4]. Bliver sagen antagen af retten tiltrods for mangelen, vil sagsbehandlingen i tilfælde af appel blive at kjende ugyldig. Dette sker dog kun i de under I—a) omhandlede tilfælde paa embeds vegne. I de under 1—b) forudsættes saavel, at indsigelse er fremsat allerede i underinstansen som, at paastand paa annullation er nedlagt i overinstansen.

β) Er det en forligsmægling ved retten, der lider af nogen saadan mangel, og sagsbehandlingen tiltrods derfor er fortsat, gjælder om denne ugyldighed det samme som, naar sagen er antagen til behandling, skjønt mæglingen ved kommissionen lider af feil.

γ) Er forlig afsluttet, uagtet der har været nogen formel mangel ved forligsbehandlingen, vil forligets gyl-

[2] Jfr. Retst. 1891 p. 814.

[3] Jfr. Anden del § 154.

[4] L. 1824 § 72 viser iøvrigt, at vedkommende part, om han foretrækker det, kan appellere forligelseskommissionens henvisning, men saadan appel kan ikke antages at være nødvendig; jfr. iøvrigt Getz Paaanke p. 80 note 4.

dighed som kontrakt ikke paavirkes deraf[5]. Hvad derimod angaar dets særlige virkninger efter l. 1824 §§ 68 og 69 (retskraft og exigibilitet), maa der skjelnes[6]): Har parten indgaaet forlig med fuld kundskab om en mangel af den under b) anførte art, maa adgangen til at paaberaabe sig den ansees tabt. Har en part derimod været uvidende om den, maa han vistnok have adgang til at paastaa forliget betragtet som en almindelig kontrakt (d. e. ikke udstyret med de i l. 1824 §§ 68 og 69 omhandlede virkninger). Er nogen af de under a) omhandlede mangler tilstede, gjælder det samme *ipso jure* uden hensyn til partens kundskab derom.

Spørgsmaalet om den maade, hvorpaa de her omhandlede mangler ved et forlig processuelt skal gjøres gjældende, har været gjenstand for meget delte meninger[7]. Forl.l. § 74 er ikke anvendelig her, da forliget jo netop «ikke mangler nogen af de til en kontrakts gyldighed nødvendige egenskaber». Heller ikke kan man anvende § 72, der forudsætter, at det ikke er kommen til forlig.

I det hele maa man fastholde, at forligelseskommissionens behandling af sagen udenfor det omraade, hvor loven udtrykkelig har bestemt det (§ 72), ikke er af judiciel art i samme forstand som retternes behandling af en domssag. Det rette er derfor at anse adgangen til at fremsætte indsigelse mod forligets exigibilitet og manglende domskraft aaben saavel *a prima instantia* som for exekutor[8]. Hvor mangler af den under a) omhandlede art er tilstede, maa exekutor *ex officio* negte at foretage exekution. Det her om forligelseskommissionerne antagne maa ogsaa gjælde forligsmægling ved retterne, da disse, forsaavidt de optræder som mæglende autoriteter, i denne henseende maa være ligestillede med kommissionerne[9].

[5] Dette gjælder ogsaa inhabilitet hos forligelseskommissærerne, hvad man har bestridt (jfr. Deuntzer Forligsmægl. p. 67); se Retst. 1892 p. 200.

[6] Jfr. Schweigaard I p. 30—1; Deuntzer l. c. p. 66—8.

[7] Jfr. Deuntzer l. c. p. 69.

[8] Jfr. Retst. 1892 p. 200. Se iøvrigt Deuntzer l. c. p. 69.

[9] Jfr. forl.l. 1824 § 84. Se derimod for dansk ret Nellemann Exekution p. 34; Deuntzer l. c. p. 72 og sammes Appel p. 7.

III. Anker over forligelseskommissionens forhold ved enten at afvise klagen, negte at antage klagerens fuldmægtig, hæve sagen, afvise, henvise eller negte at henvise sagen eller negte udsættelse, negte aastedsgranskning, sker regelmæssig til høiesteret (l. 1824 § 72)[10], med mindre sagen ikke angaar *summa appellabilis*, i hvilket tilfælde overretten træder istedet. Det samme gjælder beslutninger om udsættelser, hvilke altsaa kan appelleres, medens sagen endnu staar for kommissionen.

Disse regler er af loven alene opstillede for kommissionerne som mæglende institutioner. Hvor retterne optræder som saadanne, synes de almindelige appelinstanser at maatte være kompetente ogsaa ved appel af de her omhandlede afgjørelser, forsaavidt de overhovedet kan forekomme ved retten[11].

[10] Se exempelvis Retst. 1898 p. 683.
[11] Jfr. Schweigaard I p. 48.

ANDET KAPITEL

VOLDGIFT[1]

§ 25.

VOLDGIFTENS BEGREB OG BEGRUNDELSE.

I. Ved voldgift forstaaes det, at den endelige fastsættelse af et retsforhold eller en enkelt side ved et retsforhold (f. ex. omfanget af den ene parts forpligtelse) eller af en retslig relevant kjendsgjerning (f. ex. et dokuments ægthed) med parternes samtykke sker af en tredjemand istedetfor af domstolene. Voldgift indeholder med andre ord en renunciation paa adgangen til at paakalde statens retsbeskyttelse; og gyldigheden heraf er udtrykkelig hjemlet ved N. L. 1—6—1. Det er væsentlig for begrebet voldgift, at der tilsigtes en endelig fastsættelse af det, der er voldgiftens gjenstand, hvormed det imidlertid ikke er uforeneligt, at der er anordnet adgang til at prøve den første voldgiftsafgjørelse ved en ny voldgiftsret[2]. Væsent-

[1] Se Schweigaard I §§ 4—6; Nellemann Alm. del § 8; jfr. ogsaa Wach Handb. § 7 og den der i note 1 citerede litteratur samt E. Trygger Skiljeaftal och skiljemannaförfarande enligt svensk rätt i Tidsskr. f. retsvidenskab 1895.

[2] Deri adskiller egentlig voldgift sig fra saadanne tilfælde, hvor et eller andet punkt i et mellemværende (f. ex. et udført bygværks soliditet, en leveret vares godhed o. s. v.) er henskudt under en tredjemands billige og forstandige skjøn (*arbitratio*), hvorved forudsætningen er, at skjøn-

ligt for begrebet er endvidere, at parterne frivillig har givet afkald paa den ordinære retsvei. Det er derfor uegentligt, naar fattigloven af 19 mai 1900 sammenstiller de i § 45 omhandlede tilfælde under overskriften voldgift. Denne lov bestemmer nemlig, at tvistigheder mellem kommuner indbyrdes og mellem saadanne og staten om de dem ifølge fattigloven i deres indbyrdes forhold paahvilende forpligtelser skal afgjøres ved voldgift af det departement, hvorunder fattigvæsenet henhører (kirkedepartementet), eller undtagelsesvis af opnævnte mænd. Den her trufne anordning gaar i virkeligheden ud paa at henlægge visse stridigheders afgjørelse fra domstolene til en administrativ myndighed, dog paa en saadan maade, at dennes afgjørelse i henseende til virkninger ligestilles, ikke med en dom, men med en voldgiftskjendelse.

II. Det egentlige, i begrebet selv liggende hovedgrundlag for voldgift bliver saaledes voldgiftsaftale (*compromissum*). Herved maa dog bemærkes, at betegnelsen «aftale» forsaavidt er for snever, som voldgift utvivlsomt ogsaa kan bero paa ensidige viljeserklæringer, saaledes testamentarisk forføining, anordning i en juridisk persons statuter.

Aftale kan forøvrigt træffes saavel, efterat strid er opstaaet, som paa forhaand for tilfælde af tvist (f. ex. i en interessentskabs-, leverance- eller leiekontrakt). Heri adskiller voldgift sig fra forlig: Voldgift kan indeholde et forlig, men gjør det ikke nødvendigvis altid. Kompro-

net kan angribes ved bevis for ubillighed; jfr. fr. 76 D. 17. 2; Weismann Das Schiedsgutachten i Archiv für die civ. Praxis bd. 72 p. 269 ff. Utænkelig er iøvrigt ikke en aftale af det indhold, at parterne overlader spørgsmaalet om en rettigheds tilværelse til bedømmelse af tredjemand med det forbehold, at hver af parterne, om de er misfornøiet med denne bedømmelse, skal kunne bringe sagen ind for domstolene. En saadan aftale indeholder kun forpligtelse til midlertidig at opsætte sagsanlæg (jfr. Trygger l. c. p. 4) og er begrebsmæssig forskjellig fra egentlig voldgift. Der er imidlertid ingen grund til at negte den gyldighed; men formodningen maa altid være imod, at parterne ved at henskyde sagen til en tredjemand kun har tilsigtet en saa begrænset virkning.

misset tiltrænger ingen form[3]. Kompromisset maa angaa et bestemt retsforhold; og det er ugyldigt, naar det f. ex. gaar ud paa alle mulige mellem to eller flere personer opstaaende retstvistigheder. N. L. 1—6—1 taler kun om voldgift i anvendelse paa en bestemt sag eller tvistighed og hjemler saaledes ikke en saa vidt gaaende fraskrivelse af statens retsbeskyttelse, som en aftale af sidstanførte art vilde indeholde[4].

Det er ingen nødvendig betingelse for voldgiftsaftalens gyldighed, at den indeholder angivelse af voldgiftsmændene. Mangler en saadan angivelse, maa hver af parterne have saavel ret som pligt til at opnævne hver sin voldgiftsmand. Derimod kan der ikke i mangel af udtrykkelig aftale opstilles nogen regel om valg af opmand[5]. Pligten til at medvirke ved voldgiftens istandbringelse maa i fornødent fald kunne fremtvinges ved de sædvanlige processuelle tvangsmidler (løbende mulkt)[6]. Men viser disse sig

[3] Udk. til r. l. kap. XXXIII § 1, 2det led kræver skriftlig oprettelse. Har imidlertid parterne indladt sig paa forhandling for voldgiftsretten, skal mangelen paa skriftlig form ingen virkning have.

[4] Adgangen til at fraskrive sig proces er ikke en selvfølgelig anvendelse af N. L. 5—1—2, men tiltrænger, da den angaar betingelserne for udøvelse af en statsfunktion, speciel lovhjemmel (jfr. Bülow i Archiv für die civ. Praxis bd. 64 p. 86, derimod Schweigaard I. p. 17). Jfr. ogsaa udk. til r. l. kap. XXXIII § 1: «Parterne kan enes om at lade en retstvist afgjøre ved voldgift, forsaavidt de har fuld raadighed over retstvistens gjenstand. — Det samme gjælder under samme betingelse fremtidige mulige retstvister, der maatte opstaa af et bestemt retsforhold». — Ogsaa andetsteds er det anseet som betingelse for voldgiftsaftalens gyldighed, at den angaar et eller flere specielle retsforhold; se Trygger l. c. p. 17; Dernburg Preuss. Privatrecht I § 143, note 5; den tyske civilproceslov § 1026.

[5] Jfr. derimod Udk. til. r. l. kap. XXXIII § 3, hvorefter voldgiftsmændene sig imellem har at vælge opmand. Se ogsaa fattigl. 19 mai 1900 § 45, sidste led; og tiende-frdn. 31 juli 1807 § 1 g, der kun tillader de der omhandlede taxter afgjorte ved voldgift, naar parterne har enedes om en opmand.

[6] Jfr. Retst. 1898 p. 773. Udk. til r. l. kap. XXXIII § 4 indeholder den regel, at retten i et saadant tilfælde skal opnævne en voldgiftsmand. — I den romanistiske doktrin opfattes en aftale uden angivelse af voldgiftsmænd ikke som et *compromissum*, men som et *pactum de compromittendo*; se Windscheid Pandecten § 416, note 17.

uden virkning, maa den part, der er uvillig til at medvirke ved voldgiftens istandbringelse, have tabt adgangen til at paaberaabe sig voldgiftsaftalen.

Indeholder denne angivelse af voldgiftsmændene (enten ved at nævne bestemte personer eller ved at henvise til indehaverne af visse stillinger[7]), vil voldgiftsaftalens virkninger afhænge af, at disse er villige og istand til at udføre hvervet. Brister denne forudsætning, er voldgiftsaftalen ikke bindende. Iøvrigt følger kompromisset i henseende til betingelserne for dets gyldighed de sædvanlige regler for retshandler. Særlig bemærkes, at det, da det indeholder en forføining over den rettighed, der er kompromissets gjenstand, forudsætter forføiningsret hos den, der slutter aftalen. I denne henseende skal her kun fremhæves, at fuldmagt til at forlige en sag ikke *eo ipso* kan antages at indeholde den videregaaende beføielse til at voldgive sagen.

III. Virkningen af, at en sag er undergivet voldgift, er at enhver af parterne kan forlange et af den anden ved retten anlagt søgsmaal i sagen afvist[8]: Der mangler isaafald forudsætningerne for domstolenes adgang til at antage sagen til paadømmelse. Indsigelsen er med andre ord ikke en reel, men en processuel.

§ 26.

VOLDGIFTSMÆNDENE.

I. Hvor voldgiftsmændene ifølge kompromisset skal opnævnes af parterne, maa hver af disse have ret til paa gyldig grund at forkaste de af den anden opnævnte mænd. Som saadan gyldig grund maa ansees enhver fysisk eller mental mangel, der berøver vedkommende evnen til at danne sig en klar mening om sagen. Men dernæst medfører forudsætningen i N. L. 1—6—1, hvorefter voldgifts-

[7] F. ex. et regjeringsdepartement, Kristiania handelsstandsforenings voldgiftsret.

[8] Jfr. Retst. 1900 p. 577.

mændene skal være «Dannemænd», at en voldgiftsmand, der har gjort sig skyldig i vanærende forbrydelser, maa kunne forkastes. Derimod har man ingen forskrift om, hvorvidt parterne har adgang til at forkaste en voldgiftsmand, fordi han er beslægtet eller forbunden med den part, der opnævner ham, eller iøvrigt efter reglerne om dommere vilde være ugild. Det synes imidlertid naturligt at forstaa parternes mening med voldgiftsaftalen som forudsættende en saadan adgang, uden at dog voldgiftskjendelsens gyldighed bagefter bør kunne angribes af hensyn til saadan inhabilitet, naar vedkommende part paa forhaand kjendte mangelen og undlod at benytte sin ret til at forkaste den opnævnte[1].

Er begge parter enige om valget af voldgiftsmænd, bortfalder enhver indskrænkning[2]. Der er intet til hinder for, at parterne kan vælge domstolen til voldgiftsret[3].

II. En i loven begrundet forpligtelse til at afgive voldgiftskjendelser bestaar kun i følgende tilfælde:

1) For kirkedepartementet i de i fattigloven 19 mai 1900 § 45 omhandlede tvistigheder (jfr. foran p. 145).

2) For forligelseskommissionerne efter l. 8 mai 1869 § 3, der opstiller følgende betingelser: a) at sagen angaar en gjældsfordring, hvis beløb ikke overstiger 500 kroner (jfr. l. 29 mai 1879), b) ikke angaar vidtløftigt regnskab mellem parterne og c) kan afgjøres alene efter, hvad parterne skriftlig anbringer eller til protokollen forklarer og fremlægger.

3) Efter lovene af 3 og 6 august 1897 om fiskerierne i Nordland og Tromsø begges § 38 og l. om saltvandsfisket i Finmarken 3 aug. 1897 § 38 er den nærmest tilstedeværende opsynsbetjent forpligtet til i tvistigheder om deling af fangst, hvilke parterne har voldgivet, at forrette som opmand, og efter lovene om sildefiskerierne af 24 septbr.

[1] Jfr. udk. til r. l. kap. XXXIII § 3, der aabner adgang til for retten at fremsætte indsigelse mod voldgiftsmænd, der vilde være ugilde som dommere.

[2] Jfr. Nellemann Alm. del p. 50; Schweigaard § 4 i. f.

[3] Dept. skr. 8 oktbr. 1889, jfr. Retst. 1885 p. 677 ff.

1851 og 26 juni 1893 (nr. 5) § 38 skal voldgiftsskjøn i anledning af nogen mellem de fiskende opstaaet tvistighed kunne forlanges afgivet af den nærmest tilstedeværende opsynsbetjent i forening med tvende af ham opnævnte mænd.

I alle andre tilfælde maa forpligtelsen til at overtage voldgiftshvervet være begrundet i en mellem parterne og voldgiftsmændene indgaaet aftale (*receptum arbitri*). En saadan aftale bliver at bedømme efter de almindelige regler for arbeidskontrakter. Vægrer en voldgiftsmand sig i strid med en saadan aftale for at overtage hvervet, kan han ved dom tvinges dertil[4]

§ 27.

FORHANDLINGEN FOR VOLDGIFTSRETTEN OG VOLDGIFTSKJENDELSEN.

I. Naar der ikke i kompromisset eller *receptum arbitri* findes regler herfor, har voldgiftsmændene ikke nogen pligt til at befølge særlige former[1]. Kun ligger det i sagens natur, at begge parter maa gives adgang til at høres[2]; og at dette er iagttaget, maa ansees som en væsentlig betingelse for voldgiftskjendelsens gyldighed. Benytter parterne ikke retten til at udtale sig, maa dette bedømmes efter samme regler som parts udeblivelse i rettergang[3]. Det beror paa voldgiftsmændene, om parterne

[4] At løbende mulkt i henhold til N. L. 1—5—15 her er anvendelig se Nellemann Alm. del p. 51. Saaledes ogsaa efter romersk ret jfr. fr. 32 D. 4. 8. Unegtelig kan dog vanskeligheder voldes ved en saadan tvangsanvendelse; og udk. til r. l. kap. XXXIII § 5 foreskriver derfor, at voldgiftsaftalen (*compromissum*) skal ansees for at være traadt ud af kraft allerede derved, at nogen af voldgiftsmændene unddrager sig overtagelsen af hvervet, uden at det skal kunne forlanges, at man først har forsøgt tvangsmidler anvendte.

[1] Jfr. Nellemann Alm. del p. 54. — Jfr. her Retst. 1897 p. 289 ff. (hvor voldgiftsaftalen er afsluttet af personer, bosatte i fremmed land, maa voldgiftsmændene befølge de i dette land gjældende regler for voldgiften).

[2] Jfr. udk. til r. l. kap. XXXIII § 7.

[3] Jfr. udk. til r. l. l. c.

skal høres skriftlig eller mundtlig. Forhandlingsmaximen eller eventualprincipet kommer ikke til anvendelse. Bevisoptagelsens omfang beror paa voldgiftsmændene. Den kan foregaa for dem selv, forsaavidt angaar syn eller afhørelse uden ed af vidner, som godvillig møder for voldgiftsmændene. Derimod kan de ikke modtage ed[4] og heller ikke fremtvinge møde af vidner eller sagkyndige. Skal bevisførelse ved beediget vidneprov eller retsligt skjøn finde sted, maa den ske ved en domstol overensstemmende med de nedenfor i § 98 fremstillede regler (jfr. forøvrigt fattigl. 19 mai 1900 § 45, 3dje led). Voldgiftsmændene er ikke forpligtede til bevisoptagelse, men vel til at modtage de af parterne selv tilveiebragte bevismidler.

II. Angaaende den tid, inden hvilken voldgiftskjendelser skal afsiges, haves kun bestemmelse for det tilfælde, at det er forligelseskommissionen, hvem sagen er voldgivet (l. 8 mai 1869 § 4: paa landet næste kommissionsmøde, i byerne og i ladesteder med egne forligelseskommissioner 4 uger)[5]. Indeholder kompromisset ingen bestemmelse i denne retning, maa man i andre tilfælde vistnok anse enhver af parterne berettiget til at anse voldgiftsaftalen uforbindende, naar der er hengaaet en længere tid, end efter sagens beskaffenhed kan findes rimeligt, uden at det har været muligt at faa nogen kjendelse af voldgiftsmændene[6].

III. Har parterne ikke angivet, hvilke principer voldgiftsmændene har at lægge til grund for sin kjendelse, har de fuldstændig frie hænder og er navnlig ikke forpligtede til at dømme efter lov og ret, om de end hand-

[4] Jfr. dog Nellemann l. c. p. 54.

[5] Fattigloven af 19 mai 1900 § 45 indeholder derimod ingen frist, hvad kun kan tilskrives forglemmelse.

[6] Udk. til r. l. kap. XXXIII § 9 a har følgende bestemmelse: Opholder voldgiftsmændene utilbørlig sagens behandling eller paadømmelse, kan enhver af parterne fordre kjendelse af retten, hvorved det paalægges at fremme sagen uden unødigt ophold. Trækker den fremdeles i langdrag, kan enhver af parterne fordre voldgiftsoverenskomsten hævet ved rettens kjendelse og de skyldige voldgiftsmænd tilpligtede at erstatte den ved deres forhold voldte skade.

ler forsigtigst ved at gjøre det[7]. Har parterne givet anvisning paa, at der skal dømmes efter lov og ret, er dette i virkeligheden enstydigt med, at voldgiften bliver modtagelig for ny prøvelse ved de ordinære retter. At voldgiftskjendelsen i et saadant tilfælde alene skulde kunne tilsidesættes, naar afvigelsen fra lov og ret er grov og aabenbar[8], synes vilkaarligt[9].

IV. Stemmegivningen maa foregaa ved absolut majoritet, hvor intet andet er bestemt[10]. Er stemmerne lige, kan intet resultat ansees at være fremkommet, saafremt parterne ikke har anvist nogen opmand (N. L. 1—6—1). Voldgiftsmændene har, som foran p. 146 bemærket, ingen bemyndigelse til selv at opnævne en saadan[11].

V. Om voldgiftskjendelsens affatning haves ingen forskrifter. At den skal være ledsaget af grunde, kan neppe opstilles som nogen regel, hvis tilsidesættelse medfører ugyldighed[12]; heller ikke at den skal være skriftlig.

VI. Med hensyn til voldgiftskjendelsens virkninger er allerede før bemærket, at den medfører en definitiv fastslaaen af det forhold, der er dens gjenstand. De grunde, der skal kunne bevirke, at parterne faar ret til at tilsidesætte voldgiftskjendelsen, maa derfor ogsaa paa den ene eller anden maade staa i forbindelse med voldgiftsaftalen. Saadanne grunde kan være[13]:

a) At der slet intet kompromis foreligger eller intet gyldigt kompromis (vildfarelse, tvang, svig, manglende forføiningsret).

b) Lige hermed maa det ogsaa regnes, at en forud-

[7] Jfr. Schweigaard I p. 19; Nellemann l. c. p. 53—4, hvor det ogsaa (se noten) med rette fremhæves, at ofte afvigelsen fra lov og ret kan være et indicium paa forsætlig partiskhed.

[8] Jfr. Schweigaard I p. 20.

[9] Jfr. ogsaa Nellemann l. c. p. 54.

[10] Schweigaard I p. 19; Nellemann l. c. p. 51.

[11] Schweigaard I p. 19; Nellemann l. c. p. 52; Udk. til r. l. kap. XXXIII § 10.

[12] Jfr. derimod udk. til r. l. kap. XXXIII §§ 11 og 12 a. Jfr. ogsaa fattigl. 19 mai 1900 § 45, 4de led.

[13] Jfr. Schweigaard I p. 19—20; Nellemann l. c. p. 56—7; Wach p. 76—7. Jfr. Retst. 1897 p. 849.

sætning for kompromissets forbindende kraft er bristet (at den anden part har opnævnt inhabile voldgiftsmænd eller bestukket disse eller gjort sig skyldig i anden svig, at kompromisset selv er blevet til under en vildfarende forudsætning af den art, at den vilde gjøre et forlig uforbindende, o. s. v.).

c) At voldgiftsmændene har handlet imod sin instrux (jfr. N. L. 1—6—1 og l. 8 mai 1869 § 3 i. f.) eller tilsidesat de ellers af sagens natur flydende regler for voldgiftsforhandlingen og voldgiftskjendelsens afsigelse.

Voldgiftskjendelsens ugyldighed eller omstødelighed behøver aldrig som et retsforlig efter forl.l. 1824 § 74 eller som en dom at gjøres gjældende ved appel, og er derfor ikke bunden til appelfristerne. En undtagelse gjælder dog for forligelseskommissionens voldgiftskjendelser (l. 8 mai 1869 § 11, hvis udtryk ogsaa omfatter kjendelse efter lovens § 3). Bortseet fra dette tilfælde kan heller ikke appel anvendes paa en voldgiftskjendelse. Den kan alene angribes *a prima instantia* paa en af følgende tre maader:

1) Den, der ved en ugyldig eller omstødelig voldgiftskjendelse er fradømt et krav, kan tiltrods herfor anlægge søgsmaal mod den anden part til indtale af kravet. Mod dennes *exceptio compromissi* har han da en *replica doli sive compromissi non rite adimpleti.*

2) Den, der ved voldgiftskjendelsen er tilpligtet at udrede eller foretage noget, kan undlade at opfylde den, og naar han sagsøges paa grundlag af voldgiftskjendelsen, fremsætte en *exceptio doli sive compromissi non rite adimpleti.*

3) Der kan anlægges et fastsættelsessøgsmaal i det øiemed ved dom at faa udtalt voldgiftskjendelsens ugyldighed[14].

Voldgiftskjendelsen er ikke exigibel, undtagen hvor den er afsagt i henhold til l. 8 mai 1869 § 3[15]. Den,

[14] Dette antages ogsaa af Nellemann (l. c. p. 57) og Schweigaard (I p. 18), skjønt de iøvrigt ikke anerkjender tilstedeligheden af fastsættelsessøgsmaal.

[15] Jfr. derimod udk. til r. l. kap. XXXIII § 11, 2det led. — Ogsaa kjendelser, der afsiges i henhold til fattigl. 19 mai 1900 § 15, maa vistnok være exigible, skjønt dette ikke udtrykkelig er sagt i loven.

der har faaet en voldgiftskjendelse i sin favør, maa, hvis den ikke godvillig opfyldes, indbringe den for de almindelige retter for at faa den udrustet med exekutionskraft[16]. Under denne retssag behøver sagsøgeren kun at bevise voldgiftskjendelsen, der forsaavidt har givet hans krav et nyt retsgrundlag. Han behøver altsaa ikke at gaa tilbage til det oprindelige retsforhold, ligesom heller ikke indstevnte kan gjøre andre indsigelser gjældende end saadanne, der efter det foregaaende begrunder voldgiftskjendelsens omstødelighed. Den dom, som saaledes stadfæster voldgiftskjendelsen, kan atter angribes ved appel. Derimod kan selvfølgelig ikke længer efter sagens paadømmelse af retten de foran omhandlede midler til angreb paa en omstødelig voldgiftskjendelse finde anvendelse.

Den sætning, at voldgiftskjendelsen skaber et nyt grundlag for rettigheden, udtrykkes ofte saaledes, at voldgiftskjendelsen medfører en novation af forholdet. Dette er imidlertid en vildledende udtryksmaade. For det første maa parterne altid have det i sin magt ved aftale at bestemme, at voldgiftskjendelsen skal betragtes som ikketilværende, altsaa at gjenoprette det oprindelige forhold, som om intet var skeet, hvilket de ikke vilde kunne, hvis dette forhold var at betragte som definitivt ophævet[17]. Og dernæst kan voldgiftskjendelsen heller ikke uden videre antages at ophæve alle de til det oprindelige forhold knyttede sikkerhedsrettigheder. Men da voldgiftskjendelsen ikke binder tredjemand og saaledes heller ikke f. ex. kautionister eller den, der har stillet pant for fremmed fordring, saa har disse tredjemænd det altid i sin magt at udtræde af forholdet, hvis de kan bevise, at voldgiftskjendelsen har paalagt debitor større eller andre forpligtelser end dem, der oprindelig paalaa ham, og for hvilke de har overtaget ansvaret.

[16] Jfr. forøvrigt Retst. 1898 p. 773, hvor der paa forhaand blev givet exigibel dom for det beløb, der maatte blive fastsat ved voldgiftskjendelse.

[17] Heller ikke ligeoverfor en dom har parterne denne adgang, Wach Handbuch p. 75—6.

TREDJE HOVEDAFSNIT

PROCESSUBJEKTERNE

FØRSTE KAPITEL

RETTERNE

I. RETTERNES YDRE ORGANISATION

§ 28.

A. DE FORSKJELLIGE DOMSTOLE

Selvfølgelig kan retspleien i et land af nogen udstrækning vanskelig forvaltes af en eneste domstol. Det vil være nødvendigt, at landet deles i flere dommerdistrikter; men ved siden af denne paa lokale hensyn beroende forflerelse af domstolene vil det i almindelighed ogsaa være nødvendigt at have særegne domstole for sager, der kræver særegne forudsætninger hos dommerne. Endelig vil for det tredje anerkjendelsen af adgangen til at undergive en dom fornyet prøvelse begrunde sondringen mellem over- og underordnede retter. — Disse er de tredobbelte hensyn, paa hvilke retternes ydre organisation hviler.

I henhold hertil kan domstolene henføres til 3 klasser:

a) De ordinære underretter.

b) De ordinære appelretter, nemlig overretten som melleminstans og høiesteret som landets øverste domstol samt i visse tilfælde høiesterets kjæremaalsudvalg.

c) De specielle eller særlige retter[1], som er følgende:

[1] Jfr. en anonym afhandling i Ugebl. for lovk. III p. 225 ff.

1) Meddomsretterne. Denne betegnelse er forøvrigt ikke lovens, idet N. L. 1—7—1 fremstiller forholdet saaledes, at «lagrettesmændene»[2], der i almindelige tingsager er retsvidner, i visse sager skal dømme sammen med underdommeren. Efter at strpl. for ganske analoge straffedomstole har indført betegnelsen meddomsretter (se § 6), synes den samme betegnelse passende at kunne overføres paa civilprocessens omraade.

2) Søretterne.

3) Handelsretterne.

4) Haandværksretterne.

5) Forligelseskommissionerne.

6) Skifteretterne.

7) Udskiftningsretterne.

8) Værgemaalsretterne.

9) De extraordinære dommere og meddomsretterne ved de store fiskerier.

10) Dømmende kommissioner, anordnede i særlige tilfælde for enkelte sager.

N. L. 1—2—12 anordnede ogsaa geistlige retter, der var bestemte til at afgjøre retssager angaaende «geistlige embedsmænds pligter eller forhold i embedsførelse»[3]. Dette er vistnok væsentlig straffesager; men det har dog altid været antaget, at de ogsaa havde jurisdiktion i civile sager, der anlagdes mod geistlige og visse dermed ligestillede embedsmænd enten af private i tilfælde, hvor de ligeoverfor saadanne havde vægret sig ved at udføre bestemte embedspligter, eller af staten i anledning af deres embedsforhold i det hele (jfr. N. L. 1—2—12 og forudsætningen i sportell. 1839 § 187)[4]. Ved straffeprocesloven af 1887 faldt deres jurisdiktion i straffesager helt bort; men da denne lov ikke formelt afskaffede disse domstole, var der grund til at antage, at de fremdeles havde domsmyndighed i de ovennævnte civile sager. Sportelloven af

[2] Jfr. om benævnelsen nu strpl. § 494.

[3] Jfr. frdn. 7 april 1809 § 4.

[4] Se exempelvis Ugebl. f. lovk. III p. 89 ff., jfr. dept.skr.r 22 april og 20 mai 1863. Se iøvrigt Schweigaard I § 22.

6 aug. 1897 maa imidlertid være gaaet ud fra den forudsætning, at de geistlige retter ikke mere bestaar, idet den ikke — som den ældre sportellov — anordner sportler for behandlingen ved dem[5].

Efter l. 3 august 1824 §§ 1 og 6 havde de militære retter domsmyndighed ogsaa i visse civile sager. Den nævnte lov er imidlertid ophævet ved den militære straffeproceslov af 29 marts 1900 § 253; og efter denne lov er den særlige militære jurisdiktion indskrænket til straffesager (§ 6) samt til sager, som af det offentlige reises mod militær tjenestemand til fratrædelse af hans stilling, uden at dette er at betragte som straf. Disse sager skal imidlertid behandles i straffeprocessens former; og fremstillingen heraf hører derfor ikke naturlig hjemme her.

Tidligere fandtes der i 3 af stiftsstæderne særegne politiretter. Disse er imidlertid ophævede ved lov 31 mai 1890 § 7. Ved kgl. res. af 6 febr. 1891 er derefter behandlingen af politisager og haandværkssager i Bergen og Trondhjem henlagte under kriminaldommeren. Denne har altsaa derved faaet jurisdiktion i visse civile sager, men kan dog ikke korrekt opfattes som beklædende en civil specialdomstol, idet forholdet er, at de judicielle forretninger, der ellers er samlede paa en enkelt underdommers haand, i de nævnte byer er fordelte mellem tvende saadanne.

En særegen stilling indtager foged- og auktionsretterne. Disse er forsaavidt ordinære, som deres dømmende befatning angaar rettergangsskridt, der er led i den ordinære retsforfølgning. De er særlige, forsaavidt som deres kompetens indskrænker sig til enkelte særlige led i denne, og hvad dermed staar i forbindelse. Disse myndigheder og deres kompetens vil bedst finde sin behandling under afsnittene om exekution og auktion.

Efter strpl. § 2 har ogsaa de ordinære straffedomstole kompetens i visse civile sager. Herom henvises til Forelæsningerne over straffeproces[6].

[5] Jfr. ogsaa Schweigaards Proces I 5te udg. p. 85.
[6] Se disses p. 97—8.

Som foran p. 13—14 nævnt er visse dømmende afgjørelser henlagte til administrative autoriteter. Fremstillingen af disses organisation hører ikke hjemme i processen.

Dette gjælder ogsaa de ved l. om forsømte børn 6 juni 1896 organiserede værgeraad. Disse er vistnok udrustede med en myndighed, som ellers regelmæssig kun tilkommer domstolene (se navnlig l. 1896 § 14); og de kan træffe visse afgjørelser, der efter sit væsen er judicielle (jfr. navnlig § 2 om frakjendelse af forældremyndigheden). Men, som allerede bemærket i § 2, behandler loven dem dog nærmest som administrative organer, idet deres beslutninger er undergivet prøvelse ad administrativ vei, ligesom de ikke kan antages at besidde retskrafts virkning.

B. FORRETNINGSFORDELINGEN MELLEM DE FORSKJELLIGE DOMSTOLE

§ 29.

OVERSIGT.

Som det vil fremgaa af det i forrige paragraf bemærkede, afhænger en domstols beføielse til at behandle og paadømme en sag (virkekreds, domførhed, kompetens) dels af sagens beskaffenhed (saglig virkekreds) dels af visse stedlige hensyn (stedlig virkekreds). Man betegner i sidste tilfælde rettens kompetens ved det udtryk, at vedkommende ret er sagens værneting.

I nærværende afsnit skal retternes saglige virkekreds alene fremstilles, forsaavidt angaar forholdet mellem de ordinære og de særlige retter med undtagelse af skifteretterne; derimod vil den saglige forretningsfordeling mellem de ordinære appelretter (instansfølgen) blive fremstillet i afsnittet om appel, ligesom skifteretternes virkekreds vil blive fremstillet under afsnittene om konkurs og skifte.

Som almindelig regel baade for den saglige og den stedlige kompetens gjælder, at den bliver at bedømme

efter de forholde, der foreligger ved sagsanlægget, og at derfor den domstol, som da var kompetent, vedbliver at være det, ogsaa om der under sagens løb indtræder forandringer, hvorved betingelserne herfor bortfalder[1].

a. Retternes saglige virkekreds.

§ 30.

SAGERNES FORDELING MELLEM DE ALMINDELIGE OG DE SÆRLIGE RETTER

Sagernes fordeling mellem de ordinære og de specielle retter er bestemt ved følgende regler:

I. Meddomsretterne (hvorved her sees bort fra de nedenfor omhandlede, under enkelte af de store fiskerier forrettende meddomsretter) har domskompetens i «odels- og eiendomstrætter» (se N. L. 1—7—1)[1]. I overensstemmelse med den i N. L. 1—13—9 indeholdte nærmere forklaring kan herved kun forstaaes saadanne tvistigheder om faste eiendomme, i hvilke aastedets befaring er nødvendig, og hvor det derfor kommer an paa en vis særlig evne til at bedømme stedforholde[2]. Tvistigheder om retsgrunden til en fast eiendom hører saaledes ikke under meddomsretterne[3].

Det er kun tvistigheder om eiendomsretten, der gaar ind under N. L. 1—7—1, ikke sager om brugsrettigheder, selv om det er stedsevarende servituter[4].

Naar N. L. 1—7—1 siger, at mændene skal dømme sammen med «sorenskriveren», der alene er dommer paa landet, maa deraf ikke sluttes, at der i henseende til deres kompetens skulde være nogen forskjel mellem by og land[5].

[1] Jfr. udk. til d. o. § 47, hvor denne regel udtrykkelig er udtalt.

[1] Jfr. Schweigaard I § 18 p. 60.

[2] Rescr. 9 novbr. 1781 § 1.

[3] Det i foregaaende note citerede reskript gaar derfor for vidt, naar det forudsætter, at alle aastedssager paadømmes med meddomsmænd, se det følgende i texten; jfr. Retst. 1897 p. 737; 1901 p. 851. Hambro Byretsdomme nr.ne 1749 og 1750.

[4] Jfr. Schweigaard II p. 114. Retst. 1865 p. 811; 1894 p. 29; 1896 p. 600 og 710.

[5] Jfr. lov om Christiania byret 17 marts 1866 § 3.

II. Søretterne har efter søf.l. 20 juli 1893 § 312 domskompetens i alle civile sager, skjøn og besigtigelser, som angaar gjenstande, der henhører under søfartsloven, eller som angaar lodsvæsenet samt de i lov om telegrafkabler af 14 juni 1884 § 5 omhandlede sager.

At «gjenstanden hører under søfartsloven» vil sige, at sagen angaar et retsforhold, for hvilket der i søfartsloven er opstillet regler. Hører forholdet til dem, der, om end kun fra en enkelt side, er omhandlet i søfartsloven, ligger det indenfor sørettens kompetens, selv om ikke de spørgsmaal, der i de enkelte tilfælde foreligger til afgjørelse, kan besvares ved hjælp af søfartslovens bestemmelser,[6] ligesom det heller ikke kommer i betragtning, om besvarelsen udkræver søkyndighed. Paa den anden side hører sagen ikke under søret, naar den angaar et retsforhold, der ikke er omhandlet i søfartsloven, selv om afgjørelsen af de foreliggende retsspørgsmaal forudsætter søkyndighed (f. ex. spørgsmaal om ret til at omstøde en kjøbekontrakt om skib paa grund af mangler ved dettes sødygtighed).

En undtagelse fra hovedregelen indeholder søf.l. § 312, 3dje led: Hvis noget krav, som efter hovedregelen er gjenstand for paakjendelse ved søret, indtales i bo, der staar under skiftebehandling, og der derom opstaar tvist, skal skifteretten kun da henvise tvisten til paakjendelse af sø-

[6] Den i Retst. 1894 p. 524 meddelte søretsdom (en sag mellem skipper og mandskab afvistes fra søretten, fordi den angik en forhyring, der var sluttet mundtlig, ikke overensstemmende med søfartslovens regler) er derfor ikke rigtig. Se derimod Retst. 1894 p. 209, hvorved det antoges, at søretten var kompetent i en sag, der gjaldt skadeserstatning for en paa et søforsikringsselskabs kontor begaaet expeditionsfeil. — Jfr. iøvrigt som exempler paa tilfælde, der ikke er anseet at høre under søret: Retst. 1876 p. 769 ff. (især 771—2, tvist om et forlig, der angik et havari-grosse-tilfælde); Retst. 1898 p. 52 (tvist mellem to aktieeiere i et skibsaktieselskab), 1899 p. 330 (erstatningssag angaaende skade, som skib havde voldt fiske). Jfr. ogsaa Ugebl. for lovk. VI p. 223; Retst. 1899 p. 537. Hambro Byretsdomme nr.ne 1766—1778. — Høiesteret afviser ikke sagen fra søretten, selv om retsforholdet sluttelig ikke findes at høre under søret, naar der fra først af har kunnet være tvivl herom; jfr. Retst. 1897 p. 733 (et mod rederiet paastaaet ansvar fundet alene at paahvile enkelte af rederne), 1900 p. 468 (sag, anlagt som bjergningssag, fundet alene at angaa «ydet bistand»); jfr. ogsaa 1901 p. 561.

ret, hvis dette enten forlanges af nogen af parterne, eller skifteretten paa grund af sagens beskaffenhed finder det fornødent. Har tvisten hensyn til selve skiftet, maa den altid løses af skifteretten.

III. Handelsretterne har efter § 1 i l. af 20 decbr. 1902 (der træder i kraft 1 januar 1904) domsmyndighed i tvistemaal, skjøn og besigtigelser samt tingsvidner[7] angaaende handelssager, hvorhos modkrav kan gjøres gjældende i samme udstrækning, som om sagen behandledes ved ordinær art (se nedenfor § 62), selv om modkravet ikke efter sin ret hører under handelsret.

Hvilke sager der er handelssager, bestemmes i lovens § 2, jfr. § 3. Det er:

1) Sager mellem handlende eller mellem handlende og haandværkere (derimod ikke sager mellem haandværkere, undtagen, hvor disse efter § 3, nr. 8 regnes som handelsmænd) i anledning af retshandler, som for begge parters vedkommende er foretagne i deres bedrift. I bedriften er en retshandel foretagen, naar den enten udgjør en ligefrem udøvelse af bedriften (en handelsmands salg af de varer, hvormed han handler, en haandværkers udførelse af arbeider, henhørende til hans fag) eller er bestemt til at befordre eller sikre bedriften (optagelse af laan i bedriftens interesse, anskaffelse af gjenstande til brug ved denne, forsikring af de til bedriften hørende eiendele).

Som handel skal efter lovens § 3 følgende bedrifter ansees:

a) egentlig handel, forsaavidt den drives i henhold til handelsborgerskab (se l. 8 aug. 1842) eller handelsbrev (se l. 26 mai 1866, jfr. l. 29 juni 1894 og for Finmarken l. 22 juni 1863) eller nogen paa almindelig kjøbmandshandel rettet bevilling (se l. 8 aug. 1842 § 11 og lov om handelen i Finmarken 13 septbr. 1830 § 1)[8]. Omsætning af faste eiendomme gaar ikke ind herunder.

[7] Om disse sidste se imidlertid lovens § 6, 2det led; jfr. nedenfor p. 172—3.

[8] Jfr. forøvrigt om disse udtryk, der er hentede fra loven om handelsregistre 17 mai 1890 § 35, Beichmanns udgave af denne lov (1890) p. 106—8. Se ogsaa Hagerup Omrids af den norske handelsret (2den udg. 1901) kap. III, jfr. kap. I.

b) udskibning (se l. 15 juni 1882).

c) forlagsvirksomhed eller anden bog-, musik- eller kunsthandelen vedkommende virksomhed.[9]

d) vekseler- eller bankforretninger.[10]

e) mæglervirksomhed, agentur, spedition eller anden kommissionsvirksomhed. Alle de her nævnte virksomheder har det fælles kjendemærke, at de bestaar i medvirkning ved fremmede forretninger. Mæglere formidler kontraktsafslutninger ved at opsøge personer, der ønsker at indgaa saadanne og indhente deres kontraktserklæringer, men de afgiver ikke selv disse paa parternes vegne og optræder saaledes ikke som stedfortrædere ved kontraktsafslutningen. Dette sidste er derimod tilfældet saavel med agenter som med kommissionærer. Forskjellen mellem disse ligger deri, at kommissionæren afslutter forretningen for fremmed regning i eget navn, medens agenten ogsaa ligeoverfor tredjemand optræder i fremmed navn. Fra en prokurist (handelsfuldmægtig) og en handelsreisende adskiller agenten sig derved, at han ikke er ansat ved og staar i underordningsforhold til et bestemt firma, men optræder som en selvstændig forretningsmand.[11]

For at den her omhandlede medvirkning ved fremmede forretninger skal blive at bedømme som handel, maa selve de forretninger, hvortil medvirkningen ydes, være handelsforretninger i lovens forstand. Dette er vistnok ikke udtrykkelig sagt i loven, men maa ansees selvfølgeligt, da der i almindelighed ingen grund er til at opstille andre regler for medvirkning ved en forretning end for denne selv. Loven omfatter derfor ikke husmæglere, skibsmæglere, fæstekontorer, emigrantagenter, agenter, der besørger omsætning af faste eiendomme, kommissionærer, der besørger indkjøb for andre end handelsmænd o. lign.

[9] Forsaavidt virksomheden bestaar i afhændelse af dertil indkjøbte bøger, musikalier eller kunstsager, er den egentlig handel, men gaar ikke ind under a), fordi dertil ikke udkræves handelsberettigelse (l. 1842 § 16).

[10] Jfr. angaaende forstaaelsen af disse udtryk Beichmann l. c. p. 108—9; O. Platou Kommentar til firmaloven af 1874 p. 11. — Almindelig pantelaanervirksomhed bør ikke regnes til bankforretning.

[11] Jfr. forøvrigt Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts § 55.

En undtagelse gjør loven dog for spedition, hvorved forstaaes afslutning af kontrakter om befordring af personer eller gods i eget navn, men for fremmed regning.[12]

f) Forsikringsvirksomhed uden hensyn til, om det er forsikring, for hvilken der betales præmie, eller den hviler paa gjensidighed.[13]

g) fabrik,[14] bergværk[15] samt, naar det er forbundet med handel af forarbeidede gjenstande,[16] ogsaa haandværk. Om dette drives i kraft af haandværksborgerskab eller er fri næring, er her uden betydning.[17]

h) Af bestemmelsen i § 3, i. f. flyder derhos, at en hvilkensomhelst virksomhed bliver at betragte som handelsvirksomhed, naar den drives af et aktieselskab eller et kommanditaktieselskab.[18]

2) Sager angaaende retsforholdet mellem medlemmerne af et handelsselskab eller mellem dette og dets medlemmer eller mellem et handelsselskabs bestyrelse, repræsentantskab eller likvidatorer og selskabet eller dets medlemmer.

Som handelsselskab skal efter § 3, sidste led i lovens forstand ansees ethvert selskab, som driver nogen saadan virksomhed som under 1) er opregnet, samt i ethvert tilfælde aktieselskaber og kommanditaktieselskaber.[19]

[12] I den kgl. prop. til loven var ogsaa transportforretninger for egen regning medtagne blandt handelsforretninger. Dette udgik imidlertid under behandlingen i stortinget. Saadanne forretninger (jernbane- og sporveisforetagender o. lign.) bliver imidlertid efter § 3 i. f. at betragte som handel, naar de drives af aktieselskaber eller kommanditaktieselskaber.

[13] Jfr. derimod handelsregisterloven af 17 mai 1890 § 35, a, der kun omfatter de førstnævnte.

[14] Jfr. om dette begreb Beichmann l. c. p. 110—1.

[15] Jfr. Beichmann l. c. p. 111; Platou l. c. p. 19—20.

[16] Denne handel er efter l. 8 aug. 1842 § 9 for haandværksborgere fri næring og derfor ikke indbefattet under a).

[17] Om hvilke næringer skal betragtes som haandværk se l. 9 juli 1839 § 34, pl. 8 mai 1841; Retst. 1897 p. 253, 1901 p. 469; Aschehoug Norges nuværende statsforfatning I p. 352.

[18] Om disse selskabsformer se Beichmann l. c. p. 111—2, jfr. p. 33—4; l. om aktieselskaber §§ 2 og 3.

[19] I anvendelse paa forsikringsselkaber vil denne regel i forbindelse med regelen under 1) lede til, at alle sager mellem selskabet og forsik-

Om de personer, hvis indbyrdes selskabsforhold eller forhold til selskabet som saadant er sagens gjenstand, fremdeles paa den tid, sagen opstaar, er medlemmer, er naturligvis uden betydning.

3) Sager, som opstaar af overdragelse af en handelsbedrift eller angaar retten til brug af firma (jfr. l. om handelsregistre 17 mai 1890 §§ 10—13)

4) Sager angaaende industriel retsbeskyttelse (jfr. l. om beskyttelse af varemærker af 26 mai 1884, og om patenter af 16 juni 1885; derimod gaar ikke sager om forfatter- og kunstnerret ind under loven).

5) Sager angaaende retsforholdet mellem handlende og deres forretningsbestyrere, prokurister og handelsreisende (derimod altsaa ikke sager mellem handlende og andre underordnede). Som forretningsbestyrere bliver at anse saavel aktieselskabers administrerende direktører o. lign. som bestyrere af selvstændige afdelinger (filialer) af enkeltmands eller selskabs forretning. Om prokura se handelsregisterloven 17 mai 1890 § 25.

Undtagne fra behandling ved handelsret er efter § 4 alle vekselsager[20] samt sager, der efter det under II udviklede hører under søret. Forsaavidt angaar krav, der indtales i bo, som staar under skiftebehandling, har lovens § 7 en tilsvarende regel til søf.l. § 312, 3dje led (jfr. foran p. 162—3).

IV. Haandværksretterne har efter l. 15 juni 1881 § 22 at afgive skjøn i og paadømme alle sager mellem mestre og deres svende, arbeidere eller lærlinge, som reiser sig fra det mellem dem bestaaende arbeids- eller lærlingeforhold (saavel kontrakts- som erstatningsklager) Disse

ringstagerne i gjensidige selskaber, hvor de forsikrede er medlemmer af dette, vil høre under handelsret, medens derimod i andre forsikringsselskaber sager mellem disse og deres forsikringstagere kun hører under handelsret, forsaavidt de sidste selv er handlende og forsikringen angaar deres bedrift. — I aktieselskaber vil de i aktielovudk s §§ 75 og 76 omhandlede sager høre under handelsret. Forsaavidt den sidste tillige omhandler sag mod stiftere og indbydere, gjælder dette dog kun, forsaavidt de nævnte personer tillige er eller har været medlemmer af selskabet.

[20] Jfr. Anden del § 161.

sager bliver paa steder, hvor der ingen haandværksretter findes, at paadømme af de almindelige politiretter.

V. Forligelseskommissionernes domskompetens omfatter to forskjellige tilfælde:

A) Gjældssager efter l. 8 mai 1869 jfr. l. 29 mai 1879, naar følgende betingelser foreligger:

1) At hovedstolen ikke overstiger 500 kroner. Renter kommer ikke i betragtning. Er der flere poster, som indtales under ét, maa det komme an paa det samlede paastandsbeløb. Er beløbet ubestemt (afhængigt af skjøn), er bestemmelsen uanvendelig.

2) At fordringshaveren forlanger kjendelse. Til at fordre saadan giver § 2 ham en foranledning deri, at han, hvis han uden tilstrækkelig grund har undladt at fremsætte saadant forlangende, selv om han vinder sagen, ikke kan faa sig omkostningerne tilkjendt (jfr. ogsaa lovens § 12).

3) At indstevnte enten a) udebliver, skjønt lovlig varslet, medmindre kommissionen har grund til at antage, at han har lovligt forfald, hvilket altid skal antages, naar stevningen er forkyndt udenfor hans bolig for andre end ham selv personlig (§ 1 a); eller b) indstevnte møder og paa opfordring af forligelseskommissionen om bestemt at udtale sig angaaende gjælden udtrykkelig erkjender sin forpligtelse til at betale det af fordringshaveren paastaaede beløb, men han dog er uvillig til at indgaa paa forlig, eller der imellem parterne ei kan tilveiebringes enighed om betalingsfristen, renteberegningen, fordringshaverens tilkommende for sagens paaklage (§ 1 b). Erkjendelsen maa omfatte hele hovedstolen, og. forsaavidt ogsaa renter er paastaaet, maa tillige rentepligten være erkjendt, idet udtrykket «renteberegning» i § 1 b alene sigter til rentebeløbet (procentens størrelse eller forrentningstiden). Der maa foreligge erkjendelse af nu at skylde, altsaa ikke blot at engang at have skyldt, naar der samtidig paaberaabes betaling eller anden ophørsgrund. At erkjendelsen skal afgives paa opfordring, er naturligvis ikke nødvendigt, idet bestemmelsen forsaavidt kun er at forstaa som et paabud til forligelseskommissionen om at rette en saadan henven-

delse til indstevnte. — Er der flere indstevnte, maa alle erkjende fordringen (§ 1, sidste p.). — Lige med benegtelse af fordringen stiller lovens § 1 bestridelse af gyldigheden af arrest eller forbud, der er foretaget i anledning af den. Forligelseskommissionens kompetens er endvidere heller ikke begrundet, naar indklagede gjør gjældende modkrav, der bestrides eller er større end 500 kroner og ikke benyttes blot til paastand om frifindelse.

4) Til de foran nævnte af loven udtrykkelig angivne betingelser kan som den fjerde føies den, at sagen efter sin beskaffenhed hører under forligelseskommissionen. Reglerne i l. 1869 finder kun anvendelse i sager, der er paaklagede til forligelseskommissionen til mægling; men iøvrigt er det ligegyldigt, om det ifølge loven var nødvendigt, at mægling skede ved kommissionen, eller om sagsøgeren efter frit valg har bragt sagen ind for denne i et tilfælde, hvor mægling ogsaa kunde have været anstillet ved retten.

B) Aastedssager kan efter l. 17 juni 1880 paadømmes af forligelseskommissionen under følgende betingelser:

1) At sagen er overført til mægling paa aastedet (§ 4 jfr. § 1).[21]

2) At arrest eller forbud ikke har fundet sted (§ 4).

3) At nogen af parterne forlanger forligelseskommissionens afgjørelse. Af indklagede kan forlangendet dog ikke fremsættes, hvis klageren under mæglingen frafalder sagen, hvorimod indklagede i dette tilfælde kan kræve sig ved kommissionens kjendelse tillagt erstatning for spildt møde. Af klageren kan forlangendet derimod fremsættes, selv om indklagede udebliver, medmindre kommissionen har grund til at antage, at indklagede ved lovligt forfald er hindret fra at møde, i hvilket tilfælde klageren har valget mellem at begjære sagen hævet eller henvist til rettergang eller udsat til nyt forligsmøde paa aastedet. Loven indeholder intet til l. 1869 § 1 a svarende bud om, at lovligt forfald ogsaa skal ansees at være tilstede, naar indklagede ikke har modtaget varslet person-

[21] Jfr foran p. 124 og 132.

lig, hvor dette er forkyndt udenfor hans bolig; og denne undtagelsesregel kan ikke analogisk udvides.

4) At kommissionen skjønner, at den interesse, sagen har for nogen af parterne, ei overstiger en værdi af 1000 kroner. Dog kan den ogsaa i dette tilfælde paakjendes af kommissionen, naar begge parter er enige derom.[22]

Kommissionen kan altid afslaa at paakjende sagen, hvis den er saa betydelig, saa vidtløftig, frembyder saa vanskelige retsspørgsmaal eller tiltrænger oplysninger af den beskaffenhed, at den efter kommissionens mening bør behandles af de almindelige domstole.

VI. Udskiftningsretternes virkekreds omfatter udskiftning af jordfællesskab efter l. 13 marts 1882 og afgivelsen af de skjøn samt afgjørelsen af de tvistigheder, der forefalder under en saadan.[23]

VII. Værgemaalsretterne, der er organiserede ved l. 28 novbr. 1898, har kompetens i umyndiggjørelsessager, hvorom henvises til Anden del § 173.

VIII. Til de extraordinære fiskedommere og fiskemeddomsretter er af civile sager henlagt saadanne, der reiser sig af de store fiskerier eller af handel, som foregaar paa fiskepladse og staar i forbindelse med fiskeriet (jfr. l. 24 septbr. 1851 §§ 27 ff.; 26 mai 1893 nr. 5 §§ 35 ff; 6 juni 1896 nr. 4 § 14; 3 aug. 1897 nr. 4 §§ 39 ff og nr. 5 §§ 39 ff; 6 aug. 1897 nr. 4 §§ 39 ff.)[24]

IX. Dømmende kommissioner kan efter N. L. 1—5—27 af kongen anordnes i sager, «der ikke kunne til tinge bekvemmeligen orddeles»; f. ex. paa grund af, at de angaar flere faste eiendomme, beliggende inden forskjellige jurisdiktioner, eller flere personer med forskjellige værneting. De kan anordnes ogsaa efter den ene parts ensidige begjæring (jfr. pl. 14 juni 1771).[25] I visse til-

[22] Dette forhold maa ikke forvexles med, at parterne voldgiver sagen til forligelseskommissionen (jfr. l. 8 mai 1869 § 3); forligelseskommissionens afgjørelse er nemlig i første tilfælde gjenstand for prøvelse som en retsafgjørelse.

[23] Se nærmere Anden del § 169.

[24] Jfr. Anden del § 162.

[25] Jfr. iøvrigt Schweigaard I §§ 33 og 34. Efter udk. til l. om domstolenes ordning kap. I § 21 er adgangen til at nedsætte dømmende kommissioner i civile sager gjort betinget af alle parters samtykke.

fælde har lovgivningen foreskrevet anordning af dømmende kommissioner for visse klasser sager (se om ordningen af jordforholdene i Finmarken l. af 24 april 1869, om storskifter l. 13 marts 1882 kap. 16, om deling af bygdealmenninger l. 23 juli 1894 nr. 5 § 2).

§ 31.

BETYDNINGEN AF DEN SAGLIGE KOMPETENSFORDELING.

Deri, at en domstol er tillagt domskompetens i en vis klasse sager, ligger regelmæssig:

a) At den har myndighed til ikke alene at paakjende sagen med en doms fulde virkning, men ogsaa at afsige alle ved den foranledigede procesledende kjendelser saavelsom til at foretage alle de akcessoriske rettergangsskridt, der nødvendiggjøres ved sagen, samt give anvisning paa de fornødne tvangsmidler. Denne regel er dog underkastet en vigtig afændring, idet modtagelse af beedigede forklaringer af vidner, sagkyndige eller parter i almindelighed alene tilkommer den ordinære underdommer, hvor den ikke ved særlig bestemmelse er tillagt andre retter. Saaledes har hverken overretterne eller høiesteret myndighed til at foretage de nævnte rettergangsskridt, ligesaalidt som forligelseskommissionerne eller udskiftningsretterne.[1] Skifteretternes myndighed i denne henseende er begrænset.[2] Derimod tilkommer saadan myndighed alle de særlige retter, i hvilke den ordinære underdommer er formand (meddomsretterne, søretterne, handelsretterne, haandværksretterne, værgemaalsretterne). Det samme gjælder de extraordinære fiskedommere og fiskemeddomsretterne. For søretternes vedkommende maa forøvrigt bemærkes, at medens den ret, der skal dømme i sagen, altid kan foretage alle de rettergangsskridt, der sigter til oplysning i denne sag, er det efter søf.l. 20 juli 1893 § 312 kun ved de faste søretter, at der kan optages søforklaringer og foretages tingsvidner til oplysning i sager, der er anhæn-

[1] Jfr. l. 13 marts 1882 § 63.
[2] Jfr. konkursloven 6 juni 1863 § 129 og l. 24 april 1869.

gige i en fremmed jurisdiktion. For dømmende kommissioners vedkommende beror udstrækningen af deres myndighed paa kommissoriets indhold.[3]

Hvor myndigheden til at modtage vidneforklaringer etc. mangler vedkommende domstol, maa de hertil sigtende rettergangsskridt foretages ved de almindelige underretter og forelægges for vedkommende domstol, der skal benytte det, i form af en udskrift af det passerede (tingsvidneakt).

b) At kun den domstol, der er kompetent til at dømme i sagen, kan have befatning med den, hvilket vil sige, at den ikke blot maa paakjende den, men ogsaa maa foretage alle de rettergangsskridt, der staar i forbindelse med den. Den inkompetente domstol maa afvise en sag, der ikke ligger indenfor dens virkekreds; og rettergangsskridt, foretagne af en saadan, bliver ugyldige.

Den her opstillede regel er dog i en dobbelt retning underkastet visse afændringer, idet dels α) i visse tilfælde parterne har valget mellem at lade hele sagen behandle ved en særlig eller ved de almindelige domstole, dels β) i visse tilfælde enkelte rettergangsskridt i forbindelse med en for en særret hørende sag kan foretages ved de almindelige domstole.

Ad α) Den saglige forretningsfordeling er i det store og hele taget begrundet i offentlige hensyn og derfor ufravigelig. N. L. 1—2—17 har ingen anvendelse paa dette omraade.[4] Herfra gjælder dog visse undtagelser: Efter l. om handelsretter af 1902 kan sager, der henhører under de nævnte retter, med begge parters samtykke behandles ved de almindelige domstole. Reglerne om forligelses-

[3] Jfr. Schweigaard I p. 128.

[4] Jfr. Schweigaard I p. 172—3. Heraf følger, at appelinstansen paa embeds vegne — uden hensyn til, om paastand er nedlagt af nogen part — har at ophæve behandlingen af en sag, der har været anlagt for en urigtig domstol (jfr. Anden del § 154 med note 4). En undtagelse fra denne regel gjælder dog for handelsretssager efter l. 1902 § 6, sidste led, der leder til, at overinstansen aldrig kan annullere en sags behandling, fordi den finder, at underinstansen har taget feil ved bedømmelsen af, hvorvidt en sag hører for handelsret eller ikke. — Se endvidere, forsaavidt angaar tilkaldelse af meddomsmænd, Retst. 1862 p. 81 og 1896 p. 600, jfr. Getz Paaanke p. 208 note 2. Jfr. ogsaa foran § 30 note 6 i slutningen.

kommissionernes domsmyndighed er ikke saaledes at forstaa, at sagen i noget tilfælde ikke skulde kunne paadømmes af de almindelige underretter, selv om den kunde have været paadømt af forligelseskommissionen. Det samme gjælder naturligvis dømmende kommissioner. Er en saadan allerede anordnet, maa dog vistnok den part, efter hvis begjæring dette er skeet, for at kunne anhængiggjøre sagen ved de almindelige domstole, udvirke en ny resolution, hvorved kommissionen opløses.[5]

Ad β) Efter det under a) udviklede vil det i visse tilfælde være nødvendigt at lade rettergangsskridt, sigtende til oplysning under en sag, der behandles af en særret, foretage ved de almindelige domstole, fordi den ret, der skal dømme i sagen, mangler den fornødne kompetens. Ogsaa i visse tilfælde, hvor i og for sig vedkommende særret har kompetens til at foretage alle rettergangsskridt vedkommende sagen, maa det antages, at enkelte saadanne kan henlægges til de almindelige domstole.

Det gjælder for det første om parters ed. Hvor en saadan paalægges ved dom, er det almindeligt, at dommen angiver partens personlige værneting — altsaa den almindelige underret — som den domstol, ved hvilken eden skal aflægges.

I sager, der behandles ved meddomsret, behøver meddomsmændene kun at tilkaldes ved domsafsigelsen samt ved aastedsbefaring, forsaavidt sagen foranlediger en saadan. Alle andre rettergangsskridt i sagen kan derimod foretages for dommeren alene, der ogsaa uden meddomsmændene afsiger de procesledende kjendelser, hvortil sagen maatte give anledning.[6]

I sager, hvori skifteretten har kompetens, kan i alle tilfælde tingsvidne optages ved de almindelige underretter, idet forskriften i l. 24 april 1869 § 2 kun er tilladende, ikke tvingende

Efter lov om handelsretter af 1902 § 6, 2det led,

[5] I visse tilfælde er ogsaa indbringelse af en retstvist for skifteretterne, exekutionsretterne og auktionsretterne istedetfor de ordinære retter fakultativ; herom mere i senere afsnit.

[6] Jfr. Schweigaard II p. 131, Getz l. c.

bliver tingsvidner til brug under sag, der behandles ved disse retter, at optage ved de almindelige domstole, med mindre retten af hensyn til sagens beskaffenhed anderledes bestemmer; og efter § 11 kan sagen til vexling af indlæg overføres til almindeligt ting. I søretssager gjælder derimod ikke dette (se søf l. af 1893 § 317 1ste led i. f. jfr. § 312)[7].

b) Retternes stedlige virkekreds.

§ 32.

RETSKREDSENE[1].

I. Ved retskreds forstaaes det stedlige omraade for en domstols virksomhed. Som det vil fremgaa af det nedenfor i § 35 forklarede, falder ikke retskredsen altid sammen med vedkommende dommers embedsdistrikt. Det sidste kan være mere omfattende end den første. At samme dommer beklæder retten i flere retskredse, bevirker imidlertid ikke, at han vilkaarlig kan foretage en retshandling i den af disse, som han selv foretrækker. Han er i saa henseende bunden ved visse objektive regler. Men medens de ved disse begrundede grænser, som det vil fremgaa af § 33, III, i regelen kan fraviges ved parternes enighed, er de skranker, der hindrer en dommer fra at handle udenfor sit embedsdistrikt, paa civilprocessens omraade uoverstigelige[2]; og enhver saadan handling vil lide af uafhjælpelig ugyldighed. Man har for civilprocessen

[7] Høiesteret har for de nu ophævede politiretters vedkommende antaget, at ogsaa tingsvidner til brug under en politisag maatte optages ved politiret (Retst. 1882 p. 729). Dette maa da ogsaa gjælde haandværksretter, hvor saadanne bestaar.

[1] Se Oversigt over Kongeriget Norges civile, geistlige og judicielle inddeling, afsluttet 31 oktober 1889, udg. af det statistiske centralbureau.

[2] Man har dog exempel paa, at der er gjort afvigelse herfra ved administrativ forføining. Saaledes blev der ved høieste resolution af 16 juni 1896 meddelt bevilling til, at en sorenskriver med meddomsmænd behandlede to sammenhørende aastedssager, hvoraf den ene hørte ind under nabosorenskriveriets jurisdiktion. Som en undtagelsesforanstalt-

ingen regel, svarende til strpl. § 144, der i visse tilfælde, særlig hvor der er fare ved ophold, bemyndiger retterne til ogsaa at foretage visse retshandlinger udenfor sin kreds[3].

De ved retskredsinddelingen optrukne grænser for domsmyndigheden taber ikke sin betydning derved, at der handles om flere rettergangsskridt, der alle staar i forbindelse med samme sag. Dette kan lede til, at disse kan blive at foretage i forskjellige retskredse, saaledes selve sagens anlæg i en, bevisførsel i en anden, tvangsfuldbyrdelse i en tredje.

II. For de almindelige underretter er retskredsene ordnede efter følgende regler:

a) I byerne falder retskredsen i regelen sammen med byens grænser. Dog er der enkelte byer, der ikke udgjør en egen jurisdiktion, men er slaaet sammen med det tilstødende landdistrikt (f. ex. Finmarksbyerne)[4].

b) Hvad landet angaar, bestaar der en dobbelt jurisdiktionsinddeling:

α) De almindelige tingkredse, hvoraf hvert herred udgjør en, og som i regelen (dog ikke altid, især ikke ved annexer) falder sammen med præstegjældets grænser, — en inddeling, der er af gammel oprindelse, sluttende sig til landets ældste tingkredsinddeling. Lovbogen anordner den ikke, men forudsætter den (1—3—6 og lovbogens tingtavle jfr. frdn. 19 august 1735 § 8).

β) Ved siden heraf indførte frdn. 5 mai 1797 de saakaldte maanedsting, der anordnes af amtmændene, og som omfatter flere tinglag. Fra denne inddeling er Finmarkens og Nordlands amter undtagne, jfr. frdn. 1797 §

ning for sildefiskerierne kan amtmanden efter l. 26 juni 1893 § 33 bemyndige sorenskriveren til ogsaa i det tilstødende sorenskriveri at forrette som dommer i de i lovens §§ 34 og 35 omhandlede sager. — Jfr. forøvrigt nedenfor § 72.

[3] Jfr. derimod udk. til lov om domstolenes ordning kap. II § 9, sidste led.

[4] Jfr. frdn. 17 juli 1789 § 27; l. 22 juli 1833 § 4; Schweigaard I p. 52. At byen er slaaet sammen med landdistriktet til én jurisdiktion, maa ikke forvexles med det forhold, der finder sted f. ex. i Hamar, hvor samme embedsmand forretter i begge jurisdiktioner (jfr. foranunder I). Herom nedenfor under behandlingen af retternes indre organisation.

1 a og canc.skr. 26 oktober 1799. — Til maanedstinget staar indvaanerne af de tinglag, der sammenfattes af det, i samme forhold som indvaanerne af det enkelte tinglag til de almindelige bygdeting, saa at tinget altid (f. ex. med hensyn til mødepligt, adgang til at faa gjæsteret) betragtes som deres hjemting, saafremt de bor indenfor maanedstingkredsenes grænser, om tinget end holdes udenfor det tinglag, hvor de bor.

III. Af overretter[5] var der efter frdn. 11 august 1797 § 2 fire, nemlig en for hvert af de da bestaaende fire stifter: Trondhjem (der omfattede ogsaa det nuværende Tromsø stift), Bergen, Kristianssand og Kristiania (der omfattede ogsaa det nuværende Hamar stift)[6]. Ved lov af 31 mai 1890 er overretternes antal indskrænket til tre, nemlig Trondhjems, Bergens og Christianias, og disses retskredse omordnede ved regler, der findes i nævnte lovs § 1, men som forøvrigt af kongen kan forandres. Udenfor denne overretternes kredsinddeling falder byerne Christiania og Bergen, for hvis vedkommende overretten efter oprettelsen i disse byer af byretter har ophørt at være appelinstans (l. 17 marts 1866 §§ 1 og 9 og 10 decbr. 1898 § 2, 2det led).

IV. Hvad særretterne angaar, maa der skjelnes mellem a) dem, der beklædes af den ordinære underdommer som formand (meddomsretterne, haandværksretterne, søretterne, handelsretterne, værgemaalsretterne) og b) de andre særretter:

Ad a) For de førstes vedkommende er hovedregelen, at retskredsen falder sammen med underretskredsen (jfr. N. L. 1—7—1; l. 18 juni 1881 § 21; søf.l. 1893 § 312, 2det led l. om handelsretter § 8). For søretternes og handelsretternes vedkommende gjælder regelen dog ikke ubetinget. Efter søf.l. § 313 skal der i hver kjøbstad ved kysten være fast søret, hvis virkekreds kan udstrækkes til det tilgrænsende landdistrikt inden de grænser, som af kongen bestemmes. Det samme gjælder for ladestederne ved kysten, dog kan kongen be-

[5] Jfr. Schweigaard I § 26.
[6] Ved l. 16 juli 1845 jfr. l. 4 juni 1866 blev Christiania overret delt i to afdelinger med hver sin retskreds.

stemme, at et eller flere ladesteder henlægges under nærmeste kjøbstads eller ladesteds faste søret[7]. For handelsretternes vedkommende bestemmer l. 1902 § 8, at der skal være saadanne i de kjøbstæder og ladesteder, hvor det af kongen bestemmes (altsaa uafhængig af, om disse ellers danner en egen retskreds).

Ad b): 1) Forligelseskommissionerne har som domstole samme stedlige virkekreds som i deres egenskab af mæglende institutioner (se foran § 18).

2) Udskiftningsretternes virkekreds er bestemt ved tinglagets grænser (l. 13 marts 1882 § 13).

3) Grænserne for fiskedommernes (og fiskemeddomsretternes) virkekreds anordnes af amtmanden uden hensyn til den almindelige jurisdiktionsinddeling (l. 24 septbr. 1851 § 23; l. 26 juni 1893 nr. 5 § 33; l.l. 3 aug. 1897 nr. 4 og 5, begges § 36, l. 6 aug. 1897 nr. 4 § 36).

§ 33.

VÆRNETING[1]

I. Ved værneting forstaaes den underretskreds, ved hvilken en rettergangshandling bliver at foretage. Her bliver særlig at behandle reglerne for, hvor en sag skal anlægges. Den retskreds, hvor sagen er behandlet i første instans, er ogsaa forsaavidt bestemmende for overretternes kompetens, som regelen er, at enhver sag paadømmes af den overret, inden hvis kreds vedkommende underret, der har handlet i sagen, ligger[2].

[7] Se Kgl. res. af 8 juni 1894, hvorved de faste søretters omraader er ordnede.

[1] Schweigaard I 7de afsnit; P. C. Lasson Haandbog i civilprocessen I femte afsnit; Kommissionsberetn. af 1868: Om forandr. i civilproceslovgivn., 7de kapitel; Nellemann Civilprocessens alm. del §§ 61 ff.; Deuntzer Civilproces p. 50 ff. Jfr. ogsaa J. Ask De allmänna underrätternas inbördes behörighet i tvistemål (1896). — Fra et almindeligt standpunkt med særlig hensyn paa de internationale retsforhold eremnet behandlet af v. Bar Theorie u. Praxis des intern. Privatrechts II p. 428 ff.

[2] Selv for akcessoriske retshandlinger (tingsvidner, skjøn, tvangsfuldbyrdelse) gjælder, at appellen sker til den overret, inden hvis om-

Hovedregelen er, at sagen skal anlægges ved sagvolderens hjemting (*forum domicilii*) d. e. inden det tinglag, hvor han har sin bolig (N. L. 1—2—4). Boligen bestemmes efter det sted, hvor man har sin husholdning («dug og disk»)[3]. Hvor sagvolderen hverken fører nogen selvstændig husholdning eller tilhører nogen andens husholdning (tjenere, husbørn), synes hovedvægten at maatte ligge paa, hvor han har sit nattelogis, medens forretningsstedet kun i de nedenfor omhandlede, særlig undtagne tilfælde er bestemmende her[4].

Opholdsstedet kan alene være bestemmende, hvor vedkommende har flere bopæle, som i lige grad kan ansees for hans hjem (N. L. 1—2—23), eller hvor han ingen fast bolig har i eller udenfor riget[5]. Personer med fast bopæl i udlandet kan derimod ikke (udenfor de neden omhandlede tilfælde, hvor et undtaget værneting er begrundet) sagsøges her i riget, om de end midlertidig opholder sig her[6]. Undtagelsesvis giver lovene om underholdningsbidrag af 6 juli 1892 (jfr. l. 29 marts 1902) ligeoverfor udvandrede personer anvisning paa at anlægge saavel søgsmaal til fastsættelse af paterniteten som sag til indtale af skyldigt opfostringsbidrag ved den udvandredes sidste værneting her i riget.

Juridiske personer kan ikke siges at have nogen bolig.

raade vedkommende underret, der har handlet, ligger, en regel, fra hvilken praxis ikke engang tilsteder undtagelse, hvor appel af den akcessoriske retshandling sker i forbindelse med appel af hovedsagen; se Getz Paaanke p. 28 med note 16 og det der citerede

[3] Jfr. Retst. 1890 p. 70 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 1873—6; Deuntzer l. c. p. 50 ff.

[4] Spørgsmaalet om, paa hvilket sted en persons bolig skal antages at være, opstaar i en flerhed af retslige anvendelser, saaledes ved spørgsmaalet om, hvor han skal udøve sine statsborgerlige rettigheder (gr.l. § 51, 1 jfr. Aschehoug Norges nuv. statsforfatning I p. 406 ff.), hvor han skal erlægge skat (jfr. skattelovene af 15 april 1882 henholdsvis §§ 16 og 8). I det væsentlige bliver spørgsmaalet i alle disse anvendelser at besvare efter de samme hensyn. Kun siger det sig selv, at saadanne rent positive og vilkaarlige forskrifter som skattelovenes §§ 24 og 16 ikke kan anvendes udenfor det omraade, for hvilket de er skrevne.

[5] Jfr. Ugebl. f. lovk. VI, 375.

[6] Jfr. Retst. 1895 p. 700.

Hvis deres anliggender forvaltes af en enkeltmand, vil værnetinget bestemmes ved dennes hjemsted. Hvis de har en bestyrelse, bestaaende af flere personer, synes man at maatte lægge vægten paa, hvor bestyrelsen har sit sæde. Man kan ikke her se hen til de enkelte bestyrelsesmedlemmers bopæle; ti hvis disse ligger inden forskjellige retskredse, vilde man savne adgang til at sagsøge dem under et. Man har ikke for retterne nogen til forl.l. 1824 § 40 nr. 2 svarende bestemmelse.

Ved søgsmaal mod en umyndig bestemmes værnetinget af værgens, men ved søgsmaal mod en mindreaarig af dennes bopæl.

II. Fra hovedregelen om værneting gjælder følgende undtagelser:

1) I visse tilfælde kommer et forretningsværneting til anvendelse. Dette gjælder først og fremst efter l. 17 mai 1890 § 34, hvorefter det til handelsregistret anmeldte forretningssted er bestemmende for værnetinget[7].

Regelen gjælder saavel hovedkontor som filial, det sidste dog kun, forsaavidt den forpligtelse, der har foranlediget søgsmaalet, er paadragen ved filialens bestyrelse.

Regelen gjælder alle anmeldte firmaer, enkeltmænd saavelsom selskaber, anmeldelsespligtige saavelsom saadanne, der i henhold til lovens § 35, sidste led frivillig har gjort anmeldelse. Derimod kan den ikke udvides til at gjælde uanmeldte firmaer[8].

Efter l. 12 juni 1896 § 5 kan de der omhandlede erstatningssøgsmaal mod indehavere af et fæstekontor anlægges ved kontorets værneting.

[7] Jfr. Beichmann Udgave af handelsregisterloven p. 95 ff.

[8] Jfr. Beichmann l. c. p. 102—3 og det der fra den ældre firmalov citerede, særlig E. S. i Retst. 1875 p. 222. Ved en høiesteretsdom af 17 juli 1866 vedkommende firmaet «Peder Cappelens Enke» (Retst. 1866 p. 673; Ugebl. VI. p. 73) blev det antaget, at deltagerne i et handelshus, der benyttede et fra medlemmernes navne forskjelligt firmanavn, allerede stiltiende maatte antages at have vedtaget værneting (jfr. nedenfor under III) paa firmaets forretningssted; men antagelsen af en saadan vedtagelse ligger udenfor enhver berettiget anvendelse af reglerne om stiltiende viljeserklæringer. Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr. 1791.

2) Ved retstvist om fast eiendom skal dennes beliggenhed efter N. L. 1—2—15 bestemme værnetinget *(forum rei sitæ)*, en regel, der ogsaa har betydning i den retning, at sager, der ellers helt er unddragne landets domstole paa grund af reglerne om exterritorialitet[9], kommer ind under de almindelige retter, naar fast eiendoms værneting kommer til anvendelse.

Men hensyn til den nærmere begrænsning af regelen yder lovbogen yderst sparsom veiledning. Den oven anførte artikel siger blot, at sagen maa angaa «jord, hus, eiendom og markeskjel», hvorhos det flyder af 1—16, at enhver sag om fast eiendom, der nødvendiggjør granskning paa aastedet, maa anlægges inden dettes jurisdiktion. I teorien har meningerne været meget delte. Enkelte har villet anvende regelen i N. L. 1—2—15 alene paa søgsmaal angaaende tinglige rettigheder[10]. Andre vil ogsaa medtage søgsmaal af obligatorisk art, hvorved der atter er meningsforskjel, om regelen kun kan anvendes paa tvistigheder om obligatoriske rettigheder til selve eiendommen[11], eller om den har et endnu videre omraade[12].

Den første mening har det fortrin at give regelen en klar og skarp begrænsning; men den har ingen direkte støtte i lovbogens ord, ligesom den heller ikke fuldt ud fyldestgjør lovgrunden, der maa antages at være, at alle sager, der lettest lader sig oplyse inden den retskreds, hvor eiendommen er beliggende, skal paakjendes der.

[9] Jfr. Holtzendorff Folkeret ved Hagerup p. 93.

[10] Jfr. Nellemann l. c. p. 518. Derimod Deuntzer l. c. p. 54—5.

[11] Jfr. Schweigaard I p. 175—7. Den af S. anførte N. L. 1—2—18, der alene handler om forkyndelsesstedet, synes ikke at kunne give noget bidrag til forstaaelse af N. L. 1—2—15. Jfr. ogsaa Deuntzer l. c.

[12] Getz har paa sine forelæsninger antaget N. L. 1—2—15 anvendelig paa alle søgsmaal angaaende obligatoriske krav, udsprungne af eiendommen og rettede mod den, der har raadigheden over eiendommen. — I udk. til r. l. kap. II findes følgende bestemmelser: § 8: «Sager, som angaar besiddelsen af eller eiendomsretten til eller tinglige rettigheder i fast eiendom, maa anlægges ved den ret, i hvis kreds eiendommen ligger. — Ligger den omtvistede eiendom eller del af eiendommen i flere retskredse, eller er det paa grund af omtvistede grænseforhold usikkert, i hvilken retskreds den ligger, har sagsøgeren valg mellem disse kredse. § 9: Søgsmaal angaaende overenskomster om stiftelse eller

Maaske rammer man lovbogens tanke nogenlunde ved at gjengive dens regel saaledes: Sagen maa angaa besiddelsen af eller hjemmelen til eiendommen eller til en rettighed over denne — uanseet, om hjemmelen er obligatorisk (f. ex. en kjøbekontrakt) eller tinglig — eller udspringe af et forhold, der berører selve eiendommens substans (aaværks-, expropriations-, delings-, grænsetvist)[13].

En særlig regel om fast eiendoms værneting indeholder konkursl. 6 juni 1863 § 49, hvorefter de der omhandlede omstødelsessøgsmaal, naar de angaar fast eiendom, kan anlægges ved dennes værneting.

3) I visse tilfælde er et skibsværneting begrundet, idet sagen enten kan eller skal (jfr. nedenfor p. 188) anlægges ved skibets hjemsted (søf.l. § 3 jfr. l. om skibsregistre af 4 mai 1901 § 1, sidste led). De hidhørende tilfælde er:

a) Søgsmaal mod reder (søf.l. § 315, 1ste p.).

b) Søgsmaal mod skibsfører eller mandskab i anledning af forpligtelser, paadragne i tjenesten (søf.l. § 315, 2det p.).

c) Søgsmaal, som anlægges af den, der i skibsregistret staar anført som eier af skib eller skibspart for at vinde en i privatretslig henseende uangribelig hjemmel til samme (l. 4 mai 1901 § 34).

4) Deliktsværneting *(forum delicti commissi)* er efter N. L. 1—2—16, 1ste del begrundet i alle sager, der

ophør af saadanne rettigheder, som i § 8 omhandlet, eller gjæld, som er sikret ved pant i fast eiendom, eller angaaende skatter eller andre regelmæssig tilbagevendende ydelser, der hviler paa fast eiendom, ligesom andre søgsmaal, der er rettede mod eieren eller besidderen som saadan, kan anlægges ved fast eiendoms værneting. — Søgsmaal angaaende skade, voldt paa fast eiendom kan reises der, hvor den faste eiendom ligger».

[13] Retsbrugen yder saa godt som ingen veiledning til fortolkningen af den her omhandlede artikel, og de herskende teoretiske divergenser synes saaledes at have gjort sig lidet praktisk følelige. Af hidhørende høiesteretsdomme er alene at nævne Retst. 1861 p. 145, hvor det er antaget, at obligatoriske fordringer paa vederlag for afhændelse af brugsret til fast eiendom ikke bliver at indtale ved dennes værneting. Om værneting i en grænsetvist, hvor eiendomsgrænsen og jurisdiktionsgrænsen faldt sammen, se Retst. 1871 p. 361. — Se endvidere Hbmbro Byretsdomme nr. 1787.

udspringer af skadegjørende handlinger[14]. At lovstedet alene skulde finde anvendelse, hvor deliktet er strafbart[15], er en paastand, som ingen støtte har i lovstedets ord, som lidet stemmer med den omstændighed, at lovbogen i 1—2—21 har en særegen regel om paatale af forbrydelser, og som heller ikke er antagen i praxis[16]. Der er heller ingen grund til at begrænse regelen til alene at angaa erstatningskrav udenfor kontraktsforhold. Den blotte undladelse af at opfylde en kontraktmæssig forpligtelse kan vistnok ikke i og for sig begrunde det her omhandlede værneting, da artikelens anden del for opfyldelseskrav har en anden regel (se nedenfor under 5). Men har debitor paa en retsstridig maade søgt at unddrage sig sagsanlægget, synes N. L. 1—2—16, 1ste del at burde kunne anvendes[17].

Det her omhandlede værneting er begrundet ikke blot, hvor der paa deliktet bygges erstatningskrav, men ogsaa hvor der af dette udledes andre civilretslige følger (f. ex. ægteskabs opløsning i en horsag)[18].

Efter ordene skulde artikelen alene være anvendelig, naar sagsøgeren hørte hjemme inden den jurisdiktion, hvor deliktsværnetinget var begrundet; men over dette krav har retsbrugen allerede tidlig sat sig ud[19].

5) Betalingsværnetinget (*forum solutionis* eller — mindre heldig — *contractus*)[20] finder efter N. L. 1—2—16, 2den del anvendelse under følgende betingelser:

a) At sagsøgeren er indenbys eller -bygds, en betin-

[14] Jfr. om *forum del. com.*, der ikke er optaget i udk. til r. l., Getz's Udredninger etc. p. 125, nedenfor note 28.

[15] Jfr. Schweigaard I p. 178; Nellemann l. c. § 63; Deuntzer l. c. p. 55—6. — Se nu strpl. § 136, der, forsaavidt straffesager angaar, har afløst N. L. 1—2—16.

[16] Jfr. Ugebl. f. lovk. VIII p. 57; Retst. 1888 p. 273. Se ogsaa Joh.s Bergh i Tidsskr. f. retsvidensk. 1889 p. 147.

[17] Jfr. Retst. 1888 p. 273 og om denne dom Joh.s Bergh i Tidsskr. f. retsvidensk. 1889 p. 168—71. — Hambro Byretsdomme nr. 1790.

[18] Jfr. Bergh l. c., jfr. Ugebl. f. lovk. VIII p. 57.

[19] Jfr. Nellemann l. c. p. 506; Deuntzer l. c. p. 56.

[20] Jfr. om dette især Joh.s Bergh i Tidsskr. f. retsvidensk. 1889 p. 148—53.

gelse, der her som ved artikelens første del af retsbrugen ikke haandhæves.

b) At sagvolderen ved søgsmaalets anlæg opholder sig paa betalingsstedet, hvilken betingelse udgjør den væsentligste, forøvrigt i sagens natur lidet begrundede forskjel mellem den processuelle behandling af de i artikelens første og dens anden del omhandlede tilfælde[21]. Om stedet udtrykkelig er vedtaget som betalingssted eller har denne karakter ifølge obligationsrettens almindelige regler, er ligegyldigt[22].

c) At gjælden er vitterlig. Loven har ikke villet, at sagvolderen uden i paa forhaand klare sager skal drages til ansvar udenfor sit hjemsted, hvor han maa formodes bedst at kunne tilveiebringe sine forsvarsmidler[23]. Loven har tænkt sig vitterligheden nærmest tilveiebragt ved skyldnerens «egen forskrivelse», men har dog ikke gjort dette til betingelse; og under vanskeligheden af her at trække skarpe grænser har retsbrugen ved anvendelsen af denne artikel som ved haandhævelsen af den beslægtede regel i N. L. 1—19—8[24] ganske sat sig ud over kravet til vitterlighed[25]. Betalingsværneting ansees, naar betingelserne iøvrigt foreligger, nu begrundet i ethvert tilfælde, hvor opfyldelse kræves i henhold til et obligatorisk forhold, uden hensyn til dettes art[26], ligesom ogsaa uden

[21] Fordringen til sagvolderens ophold paa betalingsstedet som betingelse for, at dette skal være ret værneting, hidrører fra den romerske ret, men er opgivet i nyere proceslovgivning (jfr. v. Bar l. c. p. 444—5), saaledes ogsaa i udk. til r. l. kap. II § 11, som derimod i § 10 tilsteder at anlægge sag ved opholdsstedets ret i anledning af forpligtelser som er paadragne og skal opfyldes dersteds.

[22] Schweigaard I p. 178 jfr. Ugebl. f. lovk. I p. 192.

[23] Kilden, Kristian den IV.s birkeret art. 12, siger udtrykkelig, at «hvis der er tvivlsmaal om en saadan anfordring, og den ikke med brev, segl eller birketingsvidne nøiagtig er bekræftet, da skal den udenbys- eller udenbygdsmand søges ved sit værneting».

[24] Se Anden del § 214, II.

[25] Jfr. Retst. 1845 p. 201—4; Bergh l. c. p. 151—2; Deuntzer l. c. p. 56—7; udk. til r. l. kap. II § 11 kræver derimod «forpligtelse i henhold til haandskrift».

[26] Spørgsmaalet, om ogsaa skadeserstatningskrav udenfor kontraktsforhold hører ind under denne del af art., er forøvrigt uden betydning.

hensyn til, om kravet gaar ud paa penge eller andre gjenstande eller paa personlige præstationer[27].

Som udtrykkene i N. L. 1—2—16 viser, er det til begrundelse af betalingsværnetinget ikke tilstrækkeligt, at sagsøgerens paastand lyder paa betaling paa et andet sted end sagvolderens hjemsted. Dette betalingssted maa ogsaa i realiteten vise sig at være det rette, hvorfor sagen maa afvises, hvis retten kommer til det resultat, at sagvolderen vel er forpligtet, men ikke til at betale paa det sted, hvor søgsmaalet er reist[28].

Beslægtet med regelen om betalingsværnetinget er bestemmelsen i søf.l. § 229, hvorefter søgsmaal til fastsættelse af bjergeløn eller dennes fordeling kan anlægges paa det sted, hvor bjergningen er foregaaet, eller hvorhen det bjergede er indbragt.

6) Administrationsværneting *(forum administrationis)* finder efter N. L. 1—2—18 anvendelse, hvor «nogen har havt noget at forestaa som formynderskab, kirkers, skolers eller fattiges forstanderskab eller andre saadanne bestillinger». Som det fremgaar af de anførte exempler i forbindelse med udtrykket «saadanne bestillinger», gjælder det her anordnede værneting alene for regnskabsførere, hvis stilling har en offentlig karakter (stat, kommune, offentlige stiftelser og indretninger), ikke for private regnskabsførere[29]. Artikelen omfatter selvfølgelig kun krav, udspringende af regnskabsforholdet, men gjæl-

hvis man antager, at disse krav gaar ind under den med hensyn til betingelserne rummeligere første del af artikelen.

[27] Kommissionsberetningen af 1868 p. 132 antyder, at retsbrugen har indskrænket artikelen til pengekrav; se imidlertid herimod Schweigaard II § 149; Nellemann l. c. p. 508; Bergh l. c. p. 150.

[28] Jfr. Deuntzer l. c. p. 59—60. — Den omstændighed, at det saaledes først ved dommen afgjøres, om værnetingsbetingelserne er tilstede, og at saaledes en person er udsat for at indlade sig paa søgsmaal udenfor sit hjem paa grundlag af nøgne ubevislige paastande, er grunden til, at kravet paa skriftlig forpligtelse er fastholdt i udk. til r. l., og at dette helt har opgivet deliktsværnetinget; jfr. Getz Udredninger etc. p. 125.

[29] Jfr. Schweigaard I p. 179; Kommissionsberetn. af 1868 p. 131; Nellemann l. c. p. 510.

der for disse uden hensyn til, om de gjøres gjældende mod regnskabsføreren selv eller hans arvinger. Dette er det eneste tilfælde, i hvilket vor gjældende lovgivning anerkjender et særeget *forum hereditatis*[30].

7) Domsværneting *(forum rei judicatæ)* skal efter N. L. 1—2—19 finde anvendelse, hvis nogen ved endelig dom er dømt at «lægge noget fra sig» og ikke retter for sig, saa at ny sag bliver nødvendig. Efter den domsform, der nu anvendes i saadanne tilfælde (løbende mulkt)[31], vil ny sag ikke lettelig foranlediges; men de tvistigheder, som maatte opstaa i anledning af dommens fuldbyrdelse, vil blive afgjorte af exekutionsretten. I retsbrugen sees derfor N. L. 1—2—19 nu ikke længer nogensinde anvendt[32].

8) For civilprocessens vedkommende haves ingen til strpl. § 138 svarende almindelig regel om fælles værneting for sammenhængende sager (konnexitetsværneting)[33]. Heller ikke haves for processen nogen regel svarende til forl.l. 20 juli 1824 § 40, 2 (jfr. foran p. 123)[34].

Den eneste art konnexitetsværneting, som vor gjældende ret kjender, er modsøgsmaalsværneting *(forum reconventionis)* efter N. L. 1—2—20 (jfr. strpl. § 431), der er begrundet, hvor sagvolderen reiser modsøgsmaal mod den oprindelige sagsøger. De nærmere betingelser for, at dette kan ske, fremstilles nedenfor i § 62.

9) Den omstændighed, at der inden en jurisdiktion findes formuesgjenstande, tilhørende en person, begrunder i og for sig ingen adgang til at anlægge søgsmaal der, selv om personen er en udlænding[35]. Heller ikke den

[30] Jfr. dog Schweigaard i Retst. 1871 p. 763, hvor et arveværneting ogsaa antages begrundet, hvor arvingen ikke har nogen bopæl inden rigets grænser. Endnu videregaaende Kall i Nyt jur. arkiv III, 1 p. 103; se derimod Schlegel Skifteret p. 426. Jfr. iøvrigt Tredje del p. 44.

[31] Jfr. nedenfor i afsnittet om domme.

[32] Jfr. forøvrigt Nellemann l. c. p. 519—20.

[33] Jfr. derimod udk. til r. l. kap. II §§ 16-18.

[34] Den i forrige note anførte § 16 i udk. til r. l. bestemmer: «Mod personer, der er forpligtede i fællesskab, kan sag anlægges ved ethvert værneting, ved hvilket nogen enkelt af dem kunde sagsøges, med mindre forpligtelsen begrunder noget særskilt fælles værneting.»

[35] Jfr. derimod udk. til. r. l. kap. II § 15, der har følgende regel, stemmende med, hvad der findes anordnet i nyere proceslove:

omstændighed, at enrets forfølgning er begyndt med arrest, hjemler i almindelighed adgang til at anlægge hovedsagen inden den jurisdiktion, hvor det arresterede gods befinder sig. Herfra gjælder undtagelser for følgende tilfælde, i hvilke et arrestværneting *(forum arresti)* er begrundet: a) Naar skyldneren er undvegen for gjæld (jfr. l. 3 juni 1874 § 2). b) Naar der til indtale af en fordring, for hvilken skib eller ladning hefter, er gjort arrest i disse (søf.l. 20 juli 1893 § 315, 2det led).

Forskjellig fra arrestværneting i den foran omhandlede forstand er det værneting, der omhandles i N. L. 1—19—21, hvorefter søgsmaal til erstatning i anledning af ulovlig arrest kan anlægges ved den ret, hvor arresten forfølges. Dette vil i almindelighed fremtræde som en anvendelse af modsøgsmaalsværnetinget; men bestemmelsen gaar videre, idet det i den anførte artikel omhandlede værneting maa antages at være begrundet, selv om forfølgningssagen er tilendebragt.

10) Mortifikationsværneting er efter l. 6 marts 1869 § 8 sagsøgerens værneting, hvor ikke fast eiendoms værneting finder anvendelse, en regel, der er naturlig begrundet i, at der i deslige sager ingen bestemt sagvolder gives. En særegen regel opstilles i søf.l. § 167, hvorefter mortifikation af konnossementer skal foregaa der, hvor varerne skal afleveres.

11) I følgende tilfælde er Kristiania byret værneting: a) For søgsmaal, der er rettede paa at faa et patent kjendt ugyldigt eller ophævet (patentl. 16 juni 1885 § 28). b) For tvistigheder angaaende offentliggjørelse af værker, der er forfattede af flere (l. 4 juli 1893 § 6, femte led). c) For spørgsmaal om lovligheden af de afgjørelser, der er trufne af førerne af skibsregistrene (l. 4 mai 1901 § 33).

III. Medens reglerne om den stedlige forretningsfordeling mellem overretterne er ufravigelige, gjælder ikke det samme for underretterne. N. L. 1—2—17 foreskriver, at «hvis nogen har forpligtet sig med haand

«Mod den, som ingen bopæl har her i riget, kan søgsmaal angaaende formueretslige krav reises ved indenlandsk ret, i hvis kreds nogen ham tilhørende formuesgjenstand forefindes.»

og segl eller og for retten vedtaget at svare for nogen ret, som ikke er hans værneting, da bør han for samme ret at møde og der dom lide». Fra rettens side kan saaledes ikke en fravigelse af værnetingsreglerne hindres, selv om derved den ene domstol maatte faa en uforholdsmæssig forretningsbyrde.

Lovbogen tænker sig i den anførte artikel en særlig aftale, hvorved et andet værneting end det regelmæssige vedtages *(forum conventionis sive prorogatum)*. Der gjorde sig imidlertid hos os som i den samtidige procesteori i andre europæiske lande[36] den opfatning gjældende, at indstevnte ved sin blotte undladelse af at gjøre indsigelse mod, at sagen anlagdes ved urigtigt værneting *(exceptio fori)*, skulde ansees stiltiende at have vedtaget det værneting, ved hvilket sagen engang var anlagt[37]. Dette synspunkt skulde konsekvent lede til, at sagvolderens taushed ingen betydning kunde tillægges, hvor en eller anden vildfarelse (f. ex. ubekjendtskab med hans ret til at gjøre nogen *exceptio fori* gjældende) udelukker muligheden af at antage et samtykke, og endnu mindre, hvor han havde taget et udtrykkeligt forbehold. Herpaa vil man imidlertid i retsbrugen neppe gaa ind; og sandheden er da i virkeligheden den, at der ved siden af reglerne om det egentlig vedtagne værneting og nærmest paa grundlag af disse sædvansmæssig har udviklet sig en anden regel, hvorefter indstevnte taber sin adgang til at modsætte sig sagsanlæg ved et fremmed værneting, naar han ikke betimelig (d. e. før tilsvar i realiteten)[38] gjør indsigelse gjældende.

Regelen i N. L. 1—2—17 er efter artikelens udtryk nærmest given for afvigelser fra hjemtinget, men den maa ogsaa antages at gjælde de undtagne værneting, hvor ikke noget modsat flyder af bestemmelsernes ordlyd (jfr. f. ex. patentloven af 16 juni 1885 § 28, hvis udtryk «henhøre

[36] Se Wach Das Princip des gewillkürten Gerichtstandes (ogsaa aftrykt i Arch. f. d. civ. Praxis bd. 62 p. 373 ff.).

[37] Jfr. Schweigaard I p. 173—4.

[38] Se mere herom og om N. L. 1—2—24 i afsnittet om de processuelle handlinger.

under Kristiania byret» viser hen paa en tvingende ordning).

Den nævnte regel gjælder saaledes ogsaa ligeoverfor firmalovens § 34, idet udtrykket «ansees som dets hjemsted» kun medfører, at firmaværnetinget i enhver henseende — saaledes ogsaa med hensyn til muligheden for parterne til at gjøre afvigelser — er underkastet samme regler som hjemtinget.

Det samme gjælder N. L. 1—2—15, hvis udtryk er beslægtede («holdes det for værneting»). Imidlertid medfører reglerne om nødvendig aastedsbefaring i visse sager[39], at søgsmaal om fast eiendom, hvor disse regler kommer til anvendelse, maa anlægges ved den ret, inden hvis jurisdiktion eiendommen ligger, da denne ret er den eneste, der kan foretage aastedsbefaringen.

N. L. 1—2—17 begrænser ikke gyldigheden af værnetingsaftalen udtrykkelig til det tilfælde, at aftalen knytter sig til de af et bestemt retsforhold udspringende processer; og man er efter vor gjældende ret[40] neppe berettiget til at udelukke muligheden af kontrakter, hvorved en person ligeoverfor en anden forpligter sig til i alle sager at svare for et bestemt værneting.

Et tilfælde, hvor vedtagelse af værneting er nødvendig, findes i l. 26 mai 1884 § 15, nr. 2, hvorefter den, der vil have et udenlandsk varemærke registreret, maa vedtage Kristiania byret som værneting for alle sager angaaende varemærket.

IV. Forskjelligt fra det i foregaaende numer behandlede spørgsmaal om, hvorvidt reglerne om værneting er fravigelige eller tvingende, er spørgsmaalet om, hvorvidt reglerne angaaende de undtagne værneting kun begrunder en valgret for sagsøgeren eller tillige giver sag-

[39] Jfr. herom mere nedenfor § 128.

[40] Anderledes derimod udk. til r. l. kap. II § 25, der kun tillægger et samtykke med hensyn til værneting virkning, naar det er «afgivet for det enkelte tilfælde». Jfr. v. Bar Theorie u. Praxis des int. Privatrechts II p. 447, der hævder, at denne begrænsning flyder af almindelige retsgrundsætninger, idet den interesse, der knytter sig til et saadant samtykke, ellers er for ubestemt.

volderen en ret til at se sagen anlagt ved det undtagne værneting. Dette spørgsmaal maa besvares noget forskjelligt for de forskjellige tilfælde, idet de hidhørende lovsteder saavel efter sine ord som efter sin grund har en forskjellig karakter:

1) De om delikts-, betalings-, administrations-, doms-, modsøgsmaals- og arrestværneting handlende lovsteder er dels formede saaledes, at de paalægger sagvolderen en pligt til at svare for vedkommende ret, dels saaledes, at de aabner sagsøgeren en adgang til at anlægge sagen der. I disse tilfælde er derfor sagsøgerens valgret utvivlsom. Det samme gjælder reglerne om bjergningsværneting efter søf.l. § 229 samt om skibsværneting efter søf.l. § 315, derimod ikke efter l. 4 mai 1901 § 34, hvis regel er tvingende.

2) Regelen i N. L. 1—2—15 om fast eiendoms værneting er saaledes formet (mærk ordene: «holdes for hans værneting»), at den ligemeget giver sagvolderen som sagsøgeren en ret til at se sagen fremmet der, hvilket ogsaa stemmer med denne bestemmelses grund[41]. Derimod er regelen i konkurslovens § 49 dispositiv.

3) Hvad forretningsværnetinget angaar, maa der efter firmalovens § 34, 1ste led sammenholdt med samme paragrafs 2det led skjelnes: a) For selskabers vedkommende ansees forretningsstedet som deres hjemsted, hvilket vil sige, at selskabet kan kræve at sagsøges der. b) Enkeltmand er pligtig til at modtage søgsmaal ved forretningsstedets ret, hvilket vil sige, at sagsøgeren, om han vil, kan anlægge sagen ved hjemtinget. Denne i lovens ord utvetydig udtrykte sondring har sin naturlige grund deri, at man for selskabers vedkommende ikke vel kunde opstille den samme regel som for enkeltmand uden at komme ind paa ret vanskelige sondringer mellem de forskjellige arter selskaber[42].

[41] At sagsøgeren ikke skulde kunne anlægge sagen ved et af de øvrige undtagne værneting, forsaavidt betingelserne herfor er tilstede, maa ikke udledes af ordene: «omendskjønt den, som for sagen er, andetsteds bor», idet meningen med disse ord ikke kan have været at udtale, at fast eiendoms værneting kun skulde træde istedetfor hjemstedets ret; jfr. Schweigaard I p. 177, Nellemann l. c. p. 519.

[42] Jfr. iøvrigt Beichmanns Udgave af handelsregisterloven p. 96 og det der citerede.

Fæstekontorsværnetinget efter l. 12 juni 1896 § 5 er fakultativt.

4) Reglerne om mortifikationsværneting og om Kristiania byret som værneting i de under II—11 nævnte tilfælde kan ikke vilkaarlig fraviges af sagsøgeren.

5) Om aftaler efter N. L. 1—2—17 begrunder en valgret for sagsøgeren eller er saaledes at forstaa, at sagsøgeren alene kan anlægge sagen ved kontraktsværnetinget, beror paa aftalens eget indhold. Der er intet til hinder for, at der kan afsluttes kontrakter i begge disse retninger.

V. Fravigelse af lovens regler om værneting medfører, at sagen efter paastand maa afvises, og at retsforhandlingen, om den fremmes mod indsigelse, bliver ugyldig. Dette gjælder ikke mindre om enkelte rettergangsskridt end om domshandlinger. For civilprocessen haves ingen regel svarende til strpl. § 143[43].

§ 34.

KOMPETENSKONFLIKTER

Kompetenskonflikter kan opstaa saavel angaaende den saglige som den stedlige virkekreds og saavel derved, a) at flere domstole afviser sagen, som derved, b) at flere antager den.

Ad a) Naar en domstol x har afvist sagen, fordi den antager, at den hører under en domstol y, er derved med retskraft kun afgjort det negative, at den ikke hører under x, ikke det positive, at den hører under y. Man har for civilprocessen ingen regel. svarende til strpl. § 142[1]. Regelen er: hver domstol bedømmer sin egen kompetens. Hjælpemidlet til opnaaelse af ensartet afgjørelse er appel til en fælles overinstans.

[43] «De enkelte undersøgelseshandlinger af en domstol, som ikke var ret værneting, er ikke ugyldige alene af den grund, at værnetinget var urigtigt.» En tilsvarende regel findes i udk. til l. om domstolenes ordning kap. II § 26.

[1] «Er en sag afvist fra en domstol som ikke ret værneting, er denne afgjørelse forsaavidt bindende for andre domstole af samme eller lavere orden». — Se udk. til d. o. § 48 3dje led, der har samme regel.

Ad b) At flere domstole samtidig antager en sag, vil ikke saa let hænde, men kan tænkes. F. ex.: sagen er anlagt ved ordinær ret, sagvolderens bo kommer under konkurs, og sagsøgeren overflytter nu sagen til skifteretten og begjærer den hævet ved det almindelige ting; indstevnte protesterer herimod og faar medhold; eller to bestyrere for en juridisk persôn anlægger samtidig uafhængig af hinanden sag angaaende en denne tilhørende rettighed. Regelen er, at prævention gjør udslaget.[2] Er en sag antaget af en domstol, er dermed retskraftig afgjort, at den ikke hører under nogen anden (*exc. litis pendentis*).

Skulde det hænde, at to domstole afsagde dom i samme sag, maa ogsaa her appel være hjælpemidlet.

II. RETTERNES INDRE ORGANISATION (RETSPERSONALET)

A. DOMMERNE

§ 35.

DE FORSKJELLIGE ARTER DOMMERE.

I. Der bliver her først enkeltvis at betragte, hvorledes de forskjellige domstole er beklædte:

1) De almindelige underretter beklædes paa landet af sorenskriveren, i byerne regelmæssig af byfogden; jfr. N. L. 1—3—1. Undtagelsesvis er dog sorenskriveren i det tilstødende landdistrikt tillige dommer i byen (saaledes f. ex. i Gjøvik, Hamar, Kongsvinger, Hønefos, Levanger). Kristiania og Bergen har sine egne byretter, der er organiseret, for den førstnævnte bys vedkommende ved l. 17de marts 1866 jfr. res. 12 juli 1866, for Bergens vedkommende ved l. 19 decbr. 1898 jfr. res. 29 decbr. 1899. I spidsen for hver af disse byretter staar en formand (justitiarius). Antallet af rettens øvrige medlemmer (assessorer) afhænger af de til enhver tid givne bevilgninger. For tiden udgjør det for Kristiania 16, for

[2] Jfr. udk. til d. o. § 47, 2det led: «Af flere domstole, der er domføre, har den fortrinsret, der først har faaet befatning med sagen.»

Bergen 2. I de enkelte sagers paadømmelse deltager regelmæssig 3 af rettens medlemmer. Selve retsmøderne bestyres altid kun af én dommer; og visse afgjørelser særlig af procesledende art kan træffes af et enkelt af rettens medlemmer (jfr. l. 1866 § 3, jfr. l. 1898 § 3 og l. 4 juni 1892 § 25, 2det led).

Ved stiftsoverretterne deltager efter frdn. 11 aug. 1797 § 7 (jfr. l. 31 mai 1890) en justitiarius og to assessorer i sagernes behandling (dog kan efter l. 4 juni 1892 § 25, 2det led, udsættelseskjendelser afsiges af 2 medlemmer, naar de er enige om afgjørelsen).

Høiesteret skal ifølge gr.l.s § 88 og l. 12 septbr. 1818 § 1 (jfr. l. 15 juli 1839 § 18) mindst beklædes af en justitiarius og 6 assessorer. Faktisk bestaar retten for tiden af 9 faste assessorer.[1] Derhos skal der i henhold til l. 1818 § 1 aarlig beskikkes et vist antal overordentlige assessorer, der har sæde i retten efter justitiarii nærmere tilkaldelse (jfr. l. 8 septbr. 1842 § 4). I de enkelte sager beklædes retten altid kun af 7 medlemmer.

2) Meddomsretterne beklædes af den almindelige underdommer som formand (i Kristiania et medlem af byretten jfr. byretsl. 1866 § 3 a) og 4 domsmænd (N. L. 1—7—1), som fogden (byfogden) eller, hvor den ved l. 21 juli 1894 foreskrevne omordning af embedsværket er gjennemført, sorenskriveren (se denne lovs §§ 3 og 4) for den enkelte sag opnævner blandt et paa landet af lensmændene, i byerne af byfoged og magistrat i forening med formandskab foretaget udvalg af de mandtalsførte retsvidner (se l. 28 august 1854 § 19 a jfr. §§ 18, 23 og 24; jfr. strpl. § 494 og l. 29 marts 1890). Sagsøgeren har selv at drage omsorg for domsmændenes opnævnelse ved henvendelse til vedkommende embedsmand. Om opnævnelsen maa modparten være varslet (se l. 1854 § 20). Hvis begge parter er enige om, hvilke domsmænd de vil benytte, er opnævnelse unødvendig (l. 1854 § 22). Iøvrigt henvises til det nedenfor i §§ 41 og 117 forklarede om udtagelse af mandtalsførte

[1] For at faa oparbeidet ophobede restancer er der derhos for tiden beskikket 5 saakaldte faste extraordinære assessorer, der kun er ansat for et vist antal aar, men som forøvrigt deltager i rettens arbeide væsentlig paa samme maade som de faste.

retsvidner og skjønsmænd, hvilket finder tilsvarende anvendelse paa domsmænd.

3) Søretterne. Ogsaa i disse er den almindelige underdommer eller i Kristiania og Bergen et medlem af byretten (se l. 1866 § 5 og 1898 § 3) formand. Ved siden af ham beklædes retten af tvende domsmænd, om hvis valg og opnævnelse der gjælder forskjellige regler (se søf.l. 1893 §§ 313 og 314), eftersom der paa stedet er anordnet fast søret eller ikke:

a) Som allerede nævnt p. 175—6, skal der efter søf.l. § 313 være fast søret i hver kjøbstad ved kysten og regelmæssig ogsaa i hvert ladested ved denne.[2] Antallet af faste søretsmedlemmer maa for hvert søretsdistrikt ikke overstige 12, men fastsættes indenfor denne grænse af kongen, efterat vedkommende kommunebestyrelses erklæring er indhentet.[2] Til faste søretsmedlemmer kan kun vælges mænd, der har fyldt 30 aar og er kyndige i søvæsen, skibsfart, skibsbygning, varekundskab eller assurancevæsen. Valg afholdes hvert fjerde aar. Det foretages i forening af stedets magistrat, formænd og repræsentanter samt den civile underdommer (i Kristiania og Bergen byrettens justitiarius) og derhos formændene i ladested eller herred, der er henlagt under sørettens omraade.[3] Samtidig vælges efter de samme regler et saa stort antal suppleanter (varamænd), som kongen bestemmer.

Af de faste medlemmer opnævner underdommeren to mænd for at tiltræde retten i hvert forekommende tilfælde. Opnævnelsen sker efter tur, der ikke maa fraviges, med mindre hensynet til den slags kyndighed, der udfordres i sagen, nødvendigvis kræver det, eller den, som staar for tur, ved forfald eller af anden grund er hindret fra at forrette. Er der hverken adgang til at faa de faste medlemmer eller nogen af suppleanterne, maa opnævnelsen ske efter de nedenfor under b) fremstillede regler.

b) Hvor der ikke er fast søret, bliver efter søf.l. § 314 søretsmedlemmer at opnævne af underdommeren efter de for opnævnelse af domsmænd i l. 1854 opstillede

[2] Jfr. res. 8 juni 1894.
[3] Jfr. foran p. 175—6.

regler, dog saaledes, at varsel til modparten bortfalder, og at parternes enighed aldrig binder dommeren med hensyn til valget.

4) Handelsretter kan efter l. 1903 § 8 oprettes af kongen i de kjøbstæder og ladestæder, hvor en saadan foranstaltning har faaet vedkommende kommunestyres anbefaling. De bestaar af den civile underdommer eller, hvor der i underretten er flere dommere, en af disse som formand og af to handelskyndige medlemmer (§ 1, 2det led). Om disse sidstes valg og udtagelse gjælder efter §§ 8 og 9 tilsvarende regler som for søretsmedlemmer, dog saaledes, at valget her foretages af formandskabet i forbindelse med, i kjøbstæderne magistrat og byfoged, i ladestederne lensmanden (§ 8, 4de led), samt at ogsaa kvinder er valgbare (§ 8, 3dje led).

5) Haandværksretter findes kun i byerne, og ikke i alle disse, idet l. 15 juni 1881 § 21 aabner kongen adgang til efter indhentet erklæring fra kommunestyret at bestemme, at saadan ret ikke skal oprettes, en adgang, der er benyttet for en del af de mindre kjøbstæders vedkommende (res. 2 decbr. 1882 post 1). Haandværksretten bestaar efter l. 15 juni 1881 § 21 af underdommeren (tidligere et medlem af politiretten)[4] — eller i Kristiania og Bergen et medlem af byretten (l. 1866 § 5 og 1898 § 3) — og som bisiddere en haandværksborger samt en haandværkssvend eller haandværksarbeider. Disse sidste beskikkes paa den maade, at magistrat og formandskab inden hvert aars udgang blandt de skattepligtige har at udvælge mindst 4 haandværksborgere og mindst 4 haandværkssvende eller -arbeidere, der efter opnævnelse af rettens formand skal tiltræde haandværksretten. De beskikkede forretter i 2 aar (l. 1881 § 23).

6) De extraordinære fiskedommere beskikkes af amtmanden (se l.l. 24 septbr. 1851 § 23, 26 juni 1893 § 33, l. 3 aug. 1897 nr.ne 4 og 5, begges § 36, 6 aug. 1897 nr. 4 § 36). Om forholdet til den ordinære underdommer udtrykker de anførte love sig forskjellig: Efter l. 1851 (om vaarsildfiskeriet), l. 1893 (om de øvrige sildefiskerier) skal

[4] Jfr. l. 31 mai 1890 § 7.

sorenskriveren i distrikter, hvor opsyn er anordnet, saavidt ske kan, indfinde sig paa fiskepladsen og følge opsynet. Trækker fiskeriet sig udenfor hans sorenskriveri, kan overøvrigheden bemyndige ham til ogsaa i det tilstødende sorenskriveri at forrette som dommer i fiskerisager (lovens §§ 34 og 35). Kun hvis sorenskriveren ikke paa denne maade kan være tilstede under fiskeriet, kan overøvrigheden efter kongens nærmere bestemmelse beskikke en eller flere extraordinære dommere. Efter l. 3 aug. 1897 nr. 5 (om saltvandsfiskerierne i Finmarken) beror det paa overøvrighedens i henhold til nærmere bestemmelse af kongen givne paalæg, om sorenskriverne skal være forpligtede til at indfinde sig paa fiskeværene som fiskedommere; og deres stedlige virkekreds som saadanne kan af overøvrigheden ordnes uden hensyn til deres ordinære embedsdistrikter. Er intet saadant paalæg givet, bliver der at beskikke en eller flere fiskedommere. Ifølge de tvende andre ovenanførte love (om fiskerierne i Nordlands og Tromsø amter samt om skreifiskerierne i Lofoten) bliver det, naar opsyn er anordnet, at afgjøre af overøvrigheden efter kongens nærmere bestemmelse, om der skal beskikkes fiskedommer; og som saadan kan ogsaa distriktets sorenskriver paalægges at tjenestgjøre.[5]

I følgende tilfælde skal der tilkaldes meddomsmænd i private sager, der reiser sig af fisket eller handel, som der foregaar og med fiskeriet staar i forbindelse, samt i sager som opstaar mellem fiskere og hvalfangere i anledning af hvalfangst (l. 6 juni 1896 § 14) (fiskemeddomsretter): a) Under andre sildefiskerier end vaarsildfisket, for hvilke opsyn er anordnet (l. 26 juni 1893 § 35). b) under saltvandsfisket i Finmarken (l. 3 aug. 1897 nr. 8 § 39). c) under skreifiskeriet i Lofoten (l. 6 aug. 1897 nr. 4 § 39). d) under andre fiskerier i Nordlands og Tromsø amter, for hvilke opsyn er anordnet (l. 3 aug. 1897 nr. 4 § 39).

[5] Den forskjellige udtryksmaade i de sidst anførte love er betinget af, at der i de to sidstnævnte tilfælde kun vil være tale om en enkelt sorenskriver, inden hvis distrikt fiskeriet falder, i Finmarken derimod om flere.

Opnævnelse af meddomsmænd foretages af dommeren. Efter de foran under b—d nævnte love skal de opnævnes efter tur blandt de paa retsstedet eller i dets nærhed værende tilsynsmænd (jfr. om disse l.l. 3 aug. 1897 nr. 4 og 5, begges § 42, 6 aug. 1897 nr. 4 § 42, jfr. l. 21 juli 1894 nr. 5 § 3), over hvilke opsynet meddeler opgave. Til denne regel skal dommeren dog ikke være bunden i sager angaaende hvalfangst (l. 1896 § 14, 1ste led, i. f.). Loven om sildefiskerierne 1893 indeholder overhovedet ingen regel for opnævnelsen; og dommeren maa derfor her have fuld frihed i henseende til valget af domsmænd.

7) Forligelseskommissionerne. Om disse gjælder, naar de er dømmende myndigheder, ganske det samme som naar de er mæglende.[6]

8) Skifteretterne beklædes paa landet af den almindelige underdommer (jfr. reskr. 31 mai 1690, der berigtiger N. L. 5—2—91). I kjøbstæderne henlaa skiftejurisdiktionen efter lovbogen under borgermester og raad i forening med byfogden (N. L. 5—2—91). I de fleste byer forenes nu disse stillinger hos samme person; og i det overveiende antal kjøbstæder, der har særskilt magistrat, henligger skiftevæsenet ligeledes under byfogden.[7]

9) Udskiftningsretterne bestaar efter l. 13 marts 1882 § 11 af en af det offentlige beskikket formand og opnævnte mænd. Udskiftningsformænd ansættes af kongen i et saa stort antal, som han under hensyn til de af stortinget bevilgede midler bestemmer (§ 12). Udskiftningsmændene opnævnes af fogden blandt et særskilt for udskiftningsforretninger dannet udvalg, der skal indrettes inden hvert tinglag, hvor offentlig udskiftning er forlangt eller foregaar (§ 13, jfr. l. 29 marts 1890 § 1). Mændenes antal er ved underudskiftninger 2, ved overudskiftninger 4, saafremt de ledes af en ny formand, ellers 5. For udførelse af store skifter kan kongen anordne særskilte udskiftningsretter (§ 104 ff.).

10) Dømmende kommissioners sammensætning vil baade med hensyn til medlemmernes tal og egenskaber

[6] Jfr. foran § 18.
[7] Jfr. forøvrigt nærmere om skifteretterne Tredje del § 2.

væsentlig være overladt kongens bestemmelse. Vigtig er bestemmelsen i pl. 14 juni 1771 § 1, hvorefter der, naar kommissarier er bevilgede efter den ene parts begjæring, skal gives modparten adgang til at faa opnævnt lige mange kontrakommissarier, en bestemmelse, der i høi grad forringer den praktiske betydning af dømmende kommissioner.[8]

II. De faste, uafsættelige embedsdommere udnævnes som embedsmænd af kongen. I visse tilfælde kan imidlertid det dommersæde, der regelmæssig er forudsat at skulle beklædes af faste, uafsættelige embedsdommere, indtages af konstituerede tjenestemænd, hvis beskikkelse ikke behøver at udgaa fra kongen. Af saadanne haves forskjellige klasser:

1) De saakaldte sættedommere, der opnævnes for en enkelt sag i tilfælde, hvor den ordinære dommer i denne sag ikke kan beklæde retten (jfr. frdn. 19 august 1735 § 2).

2) Dommere, der er konstituerede under ledighed i et embede eller under den ordinære dommers varigere forfald eller tjenestefrihed.

3) Hjælpedommere, der for kortere eller længere tid beskikkes til ved siden af den faste, ordinære indehaver af dommerembedet at udføre de dette tilliggende forretninger. Til denne klasse hører de før omtalte extraordinære assessorer i høiesteret, ligesom ogsaa de extraordinære byretsassessorer, der for tiden beskikkes, naar forretningernes mængde gjør det fornødent. Til denne klasse hører endvidere ogsaa de saakaldte edsvorne fuldmægtige, der beskikkes med hjemmel af analogien af frdn. 19 august 1735 § 2 (jfr. kgl. res. 29 novbr. 1845). Benyttelse af saadanne fuldmægtige tilkommer kun de dommere, hvem retten hertil er given ved særlig kongelig resolution; og bemyndigelsen begrænses i almindelighed derhen, at den edsvorne fuldmægtig ikke uden særskilt konstitution maa bestyre de almindelige ting.[9] Er dom-

[8] Jfr. forøvrigt Schweigaard I § 34.

[9] Jfr. ogsaa res. 21 decbr. 1889 og af 11 april 1901. Jfr. udk. til l. om domstolenes ordning kap. I § 15, hvorefter dommerfuldmægtige ikke uden særlig bemyndigelse eller i forfaldstilfælde skal kunne tjenestgjøre

meren inhabil, gjælder udelukkelsen ogsaa fuldmægtigen[10] (jfr. frdn. 1735 § 2, der forbyder at antage fuldmægtigen som sættedommer).

Høiesteretsdommere beskikkes altid af kongen. For underordnede dommere haves ingen almindelig regel. Beskikkelsen af sættedommere udgaar i almindelighed fra amtmanden. Det samme gjælder kortvarigere konstitutioner. Edsvorne fuldmægtige beskikkes af justitsdepartementet, for kortere tidsrum (ikke over 3 maaneder) af amtmanden (res. 29 novbr. 1842).

De edsvorne fuldmægtige ligesom i regelen ogsaa de dommere, der konstitueres under den ordinære dommers forfald eller tjenestefrihed (derimod ikke sættedommere), handler, som det heder, paa den faste dommers ansvar (jfr. frdn. 19 aug. 1735 § 2). Heri ligger kun, at den sidstnævnte kan drages civilretslig til ansvar for tab, som den konstituerede dommer ved sine embedshandlinger maatte volde staten eller private. Det strafferetslige ansvar bærer selvfølgelig den handlende dommer altid, ligesom han er civilretslig medansvarlig for de tab, han volder.[11]

§ 36.

BETINGELSERNE FOR AT KUNNE VÆRE DOMMER.
a) ALMINDELIGE BETINGELSER.

Hvad betingelserne for at kunne være dommer angaar, kan disse henføres til to klasser: betingelser, der maa være tilstede for, at vedkommende overhovedet skal kunne

i dømmende ret. — I almindelighed har det været antaget, at der kun kan beskikkes en edsvoren fuldmægtig for hvert dommerembede. Undtagelsesvis er der dog beskikket tvende (f. ex. for Aker ved kgl. res. af 1 decbr. 1894); jfr. Dep tid. for 1895 p. 1 ff.

[10] Jfr. Deuntzer Civilproces p. 25; udk. til l. om domstolenes ordning kap. I § 15.

[11] I ældre tider havde man i flere lande (saaledes efter den romersk-kanoniske proces, ligesom ogsaa efter den ældre franske, hvor dommerembederne besattes ved kjøb) den regel, at dommeren vilkaarlig kunde overdrage sin jurisdiktion til andre personer (*jurisdictio mandata et delegata)*, et princip, som i nyere tid bestemt er forkastet. Hos os har et saadant princip aldrig været anerkjendt i denne almindelighed.

beklæde dommersædet, og betingelser, der hænger sammen med dommerens forhold til den enkelte sag. — Dommerens uskikkethed til at beklæde dommersædet betegnes ved udtrykket inhabilitet eller ugildhed.[1] Forsaavidt dommerens habilitet udelukkes af grunde, der hænger sammen med de førstnævnte betingelser, taler man om almindelige inhabilitetsgrunde. Forsaavidt inhabilitet er tilstede, fordi en af de sidstnævnte betingelser ikke foreligger, taler man om specielle inhabilitetsgrunde.

I nærværende paragraf skal de almindelige, i næste de specielle betingelser for at kunne være dommer omhandles.

Den første gruppe betingelser kan atter henføres til to klasser, eftersom de enten a) har karakteren af statsretslige garantier eller b) umiddelbart flyder af dommerembedets væsen.

a) I førstnævnte henseende er der naturligvis en væsentlig forskjel mellem lægdommere og fagdommere. For de førstes vedkommende findes de hidhørende garantier væsentlig angivne i l. 28 aug. 1854 § 1 jfr. § 18 (visse valgbarhedsbetingelser), hvortil i særlige sager kommer visse tekniske eller andre specielle kyndigheder (jfr. § 22), hvis besiddelse er gjenstand for en skjønsmæssig bedømmelse.

Hvad fagdommerne angaar, indtager visse af dem forsaavidt en særstilling, som der enten ikke væsentlig kræves juridisk, men teknisk indsigt (udskiftningsformænd) eller dommermyndigheden er tillagt tjenestemænd, hvis opgave regelmæssig er en anden (forligelseskommissionerne); og dommerbetingelserne er da her de samme som betingelserne for at indtage de stillinger, disse tjenestemænd indehar.[2]

[1] Mærkelig nok har forskjellen mellem begreberne habilitet og kompetens været gjenstand for uklar opfatning (se Stort. dok. nr. 80 for 1883 p. 63, 2den spalte, Rigsretstidende 1883 I p. 142). Kompetens betegner domstolens beføielse til at tage en retssag under paadømmelse, medens habilitet har hensyn til dommerens egenskaber.

[2] Mærkes kan, at efter N. L. 2—16—11 skulde provsterne have forstand i landets love.

Til at beskikkes som dømmende kommissær kræver loven ingen særlige betingelser hos vedkommende.

Tilbage bliver da de egentlige faste statsdommere og de, der som hjælpedommere eller sættedommere træder i deres sted.

Hvad de faste embedsdommere angaar, kræves der:

1) Af gr.l § 92 (jfr. det tillæg, den har faaet ved grundlovsbest. 19 marts 1901) flyder, at adgang til dommerstillinger kun staar aaben for mænd, der er norske statsborgere. Derhos kræves en vis alder, nemlig for høiesteretsdommere 30 aar og for andre 25 aar (gr.l. § 92).

2) Vederhæftighed (N. L. 1—5—1).[3]

3) Uberygtethed (samme lovsted).[4]

4) Bestaaet juridisk examen, en fordring, der først opstilledes ved frdn. 10 febr. 1736 post 1 § 1 jfr. post 3 § 1 (jfr. univ.fund. 28 juli 1824 § 39). For høiesteretsdommere maa examen være bestaaet med bedste karakter (l. 12 sept. 1818 § 34), hvorhos bemærkes, at frdn. 1736 post 3 § 4 tillægger karakteren *laudabilis* et fortrin ved besættelse af overdommerembeder.[5]

Krav paa, at dommere skal tilhøre en bestemt troesbekjendelse, er bortfaldt ved l. 21 juli 1894.

Hvad hjælpedommere og sættedommere angaar, synes det nærmestliggende at kræve de samme betingelser for disse som for de faste dommere.[6] For edsvorne fuldmægtiges vedkommende har administrationen dog ikke fastholdt aldersgrænsen.[7]

b) I dommerembedets væsen er, skjønt uomtalt i lovgivningen, begrundet nødvendigheden af, at dommeren er i besiddelse af sin forstand og af de sansers brug, uden

[3] Om begrebet uvederheftighed se Fjerde del p. 33, jfr. Deuntzer Civilproces p. 26—7.

[4] Jfr. Deuntzer l. c. p. 27.

[5] Jfr. fund. 7 mai 1788 § 19, der erklærer denne karakter nødvendig til vigtigere dommerembeder.

[6] Jfr. den af Schweigaard I p. 117 citerede dom af 16 jan. 1818, der kjendte en dom uefterrettelig, fordi der til sættedommer var beskikket en mand uden juridisk examen; jfr. ogsaa justitsdept.s skr. 19 aug. 1846.

[7] Se dept.skr. 19 juni 1858.

hvilket embedet ikke forsvarligen kan røgtes. Døvhed. blindhed, stumhed vil i almindelighed gjøre en dommer inhabil.

Paa en maade midt imellem de to her under a) og b) omhandlede klasser betingelser staar den fordring til dommerne, at de skal aflægge ed (N. L. 1—5—1, jfr. res 23 januar 1897).

§ 37.

BETINGELSERNE FOR AT KUNNE VÆRE DOMMER. b) DE SPECIELLE BETINGELSER.[1]

I dommerkaldets væsen er naturlig begrundet kravet paa de størst mulige garantier for, at dommeren staar uhildet ligeoverfor sagen, ikke paavirkes af hensyn, der paa forhaand kan tænkes at gjøre ham tilbøielig til personlig at foretrække et domsudslag for et andet og saaledes i nogen grad hindre de rent saglige betragtninger, der alene bør være de bestemmende for udfaldet, fra at komme til sin fulde ret. Indflydelsen af saadanne hensyn er vistnok forskjellig efter de forskjellige menneskers individualitet. Men paa en bedømmelse af saadanne individuelle momenter kan loven ikke bygge. Loven maa ved sine regler om de grunde, der skal udelukke en person fra at dømme i en sag af hensyn til hans forhold til denne eller dens parter (specielle inhabilitets- eller ugildhedsgrunde), gaa ud fra en almindelig værdsættelse af den menneskelige natur og maa til beskyttelse af dommerstillingens anseelse og værdighed hindre, at en sag behandles eller en dømmende afgjørelse træffes af en person, hvis uhildethed efter en objektiv, almindelig bedømmelse af menneskene kan være udsat for at drages i tvivl, uden at der kan tages hensyn til, om der paa grund af vedkom-

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 34; Schweigaard § 32; Nellemann Alm. del § 26; Deuntzer Civilproces § 7; Rigsretstidende 1883 I p. 132 ff.: Ørsted i Archiv for retsvidenskaben V p. 496 ff. Se ogsaa Retst. 1836 p. 546 (anonym afhandling).

mende dommers person er grund til at anse en saadan tvivl i det konkrete tilfælde udelukket.[2]

Det samme hensyn til i den offentlige interesse at holde dommerstillingen fri for enhver berettiget mistanke om, at dommeren skal være hildet i udenforliggende motiver med hensyn til sagens udfald, bevirker ogsaa, at loven ikke kan tillægge parternes ønske nogen afgjørende indflydelse paa dommerhabilitet.[3] Der er grunde, som maa gjøre en dommer ugild uden alt hensyn til, hvad parterne ønsker. Paa den anden side gives der dog ogsaa omstændigheder, hvis betydning afhænger af en konkret, skjønsmæssig bedømmelse, som ialfald i nogen udstrækning burde kunne overlades parterne. Enkelte proceslove skjelner derfor mellem absolute inhabilitetsgrunde, der forpligter dommeren til *ex officio* at vige sæde, og relative inhabilitetsgrunde, der kun har nogen virkning, naar det paastaaes af parterne. Denne sondring er fremmed for vor lovgivning.[4] Strpl. § 68 tillægger parternes begjæring om, at dommeren skal vige sæde, kun betydning som et enkelt moment, der af dommeren ved siden af andre skal tages i betragtning ved inhabilitetsspørgsmaalets bedømmelse. Og skjønt der for civilprocessens vedkommende kunde være grund til at tillægge parterne en større indflydelse, lader det sig dog ikke gjøre uden nogetsomhelst holdepunkt i lovgivningen[5] at opstille en

[2] Jfr. Rigsretstidende l. c. p. 144—5. Denne objektive bedømmelse af inhabilitetsgrundene ligger ogsaa til grund for frdn. 19 aug. 1735 § 2, naar den forbyder dommerne af «føielighed eller undseelse» at vige sit sæde.

[3] Jfr. det citerede forbud i frdn. af 1735 § 2 mod at vige sæde af føielighed.

[4] Jfr. derimod for dansk ret Deuntzer l. c. p. 37—8. Se ogsaa udk. til lov om domstolenes ordning kap. VII § 3 («Naar forøvrigt særegne omstændigheder foreligger, der er skikkede til i det foreliggende tilfælde at svække tilliden til en dommers eller domsmands uhildethed, kan enhver af sagens parter begjære, at han viger sæde»).

[5] Som et saadant kan det ikke ansees, at f. ex. høiesteretsloven af 12 sept. 1818 § 24 taler om, at parterne «*exciperer*» mod dommerens habilitet; ti der antydes ikke her nogen sondring mellem de forskjellige inhabilitetsgrunde, der dog maatte gjøres, da i ethvert fald inhabilitetsgrunde som nært slægtskab maatte blive at tage i betragtning uden hensyn til parterne.

bestemt sondring mellem absolute og relative inhabilitetsgrunde, om det end i mange tilfælde faktisk vil stille sig saa, at dommeren ikke finder opfordring til at tage inhabilitetsspørgsmaalet under drøftelse, naar ingen paastand fremkommer fra parterne.[6]

De grunde, der gjør en dommer ugild, gjælder ligemeget de faste fagdommere og hjælpedommere som de for en enkelt sag tilkaldte lægdommere (jfr. l. 28 aug. 1854 § 32).

Ugildhedsgrundene kan henføres til følgende grupper:

1) At dommeren er beslægtet med nogen af parterne i op- eller nedstigende linje eller i sidelinjen saa nær som søskendebarn eller ligesaa nær besvogret, endog om det ægteskab, som begrunder svogerskabet, ikke mere bestaar[7] (strpl. § 66, nr. 2 jfr. forl.l. 1824 § 13; frdn. om overretterne af 11 aug. 1797 § 8 og lov om høiesteret af 15 juli 1839 § 20).

Det er alene slægtskab med parterne, der kommer i betragtning, ikke slægtskab med disses procesfuldmægtige,[8] heller ikke med de under sagen afhørte vidner eller sagkyndige. Heller ikke kommer det i betragtning, at dommeren er beslægtet eller besvogret med nogen, der har interesse i sagen uden at være part, med mindre dette efter omstændighederne kan antages at begrunde en stærk moralsk interesse for dommeren selv i sagens udfald (jfr. under nr. 5).

2) Visse andre personlige baand, der i henseende til at fremkalde personlig afhængighed eller hengivenhed maa ligestilles med slægtskab. For civilprocessens vedkommende savnes her positive lovregler; men det har altid været antaget, at visse saadanne forhold maatte

[6] I stortingets bevillingspraxis tillægges dette moment den betydning, at andragender om eftergivelse af de en part paalagte udgifter til sættedommer indvilges, naar dommeren af egen drift har veget sæde; jfr. Indst. s. nr. 143 for 1894, post 2.

[7] Jfr. Retst. 1897 p. 700.

[8] Jfr. udk. til l. om domstolenes ordning kap. VII § 8, hvorefter ingen sagfører kan møde som retsfuldmægtig ved nogen ret, der beklædes af hans slægtning i ret op- eller nedstigende linje eller ligesaa nær besvogret som enedommer eller som eneste retskyndigt medlem.

medføre inhabilitet. Kun foranledigede lovens taushed nogen tvivl om, hvilke forhold her skulde komme i betragtning. Efterat man nu i strpl. § 66, nr. 3 for straffeprocessen har faaet en bestemt regel i saa henseende, synes det naturligst ogsaa for civilprocessens vedkommende at følge analogien fra denne bestemmelse og anse de i nævnte paragraf opregnede forhold som inhabilitetsgrunde. I henhold hertil vil ingen kunne være dommer i en sag, naar nogen af parterne er eller har været hans ægtefælle eller forlovede, fosterfader, fostersøn, adoptivsøn, adoptivfader, eller naar dommeren staar i forhold til nogen af parterne som værge eller kurator.

Ogsaa den afhængighed, der beror paa et personligt tjenesteforhold, vil, skjønt ikke udtrykkelig nævnt i strpl. § 66 (jfr. derimod § 118), dog efter analogien af bestemmelsen om vidner i N. L. 1—13—17 maatte komme i betragtning, navnlig naar det forlanges af nogen af parterne (strpl. § 68).

3) Tidligere befatning med sagen eller befatning med den i anden egenskab kommer i betragtning i følgende tilfælde:

a) Naar dommeren i tidligere instans har dømt i sagen (jfr. strpl. § 67, nr. 1).

b) Naar dommeren har afgivet skjøn eller aflagt vidnesbyrd i sagen (jfr. strpl. § 66, nr. 4). Dommeren kan ikke selv bedømme vægten af sit eget skjøn eller vidnesbyrd. Derimod er det ikke tilstrækkeligt til at gjøre dommeren inhabil, at han har været indstevnt som vidne, naar han ingen oplysninger har kunnet give.[9]

c) Naar dommeren har havt befatning med sagen som sagfører eller i det hele i denne meddelt raad eller veiledning til nogen af parterne (frdn. 19 aug. 1735 § 17; pl. 8 jan. 1802; høiesteretsl. 12 sept. 1818 § 24).[10]

[9] Udtrykket i reskr. 3 april 1761 er forsaavidt mindre nøiagtigt.

[10] Jfr. Retst. 1886 p. 814 (en dommer, der havde deltaget i istandbringelse af proformabygselsedler i øiemed at skabe stemmeretsfundament, anseet inhabil til at bedømme de i den anledning afholdte skyldsætningsforretningers gyldighed). Jfr. ogsaa Ugebl. f. lovk. III p. 230 (at en person havde forrettet som forligelseskommissær i sagen ikke antaget at gjøre ham inhabil som dommer). Jfr. her ogsaa Retst. 1895 p. 295.

Derimod bevirker en tidligere befatning med sagen ikke i almindelighed inhabilitet, naar denne befatning er foranlediget ved en embedsstilling, som loven selv har forenet med dommerembedet. Saaledes bliver en skifteforvalter ikke inhabil til paadømmelse af sager, han selv i egenskab af et bos bestyrer har anlagt; heller ikke er en byfoged inhabil til at paadømme sager, der er reist af ham som magistrat.[11] Inhabilitet er først begrundet, naar der er spørgsmaal om ansvar mod dommeren i anledning af hans tidligere embedsmæssige befatning med sagen, eller denne befatning paa anden maade i det enkelte tilfælde kan antages at have affødt en særlig interesse af, at sagen faar et bestemt udfald (jfr. under nr. 5).

4) For dommer i overordnet instans kommer ogsaa i betragtning slægtskab eller svogerskab til nogen, der før har handlet i sagen.[12] Hvis denne ikke er stevnet til at stande til rette og saaledes ikke selv direkte er part i appelsagen, skal efter l. 15 juli 1839 § 20, sidste p. kun fader eller svigerfader, søn eller svigersøn vige, naar søn, svigersøn, fader eller svigerfader før har handlet i sagen. Strpl. § 67, nr. 1 gaar derimod videre, men synes ikke her, hvor man har et udtrykkeligt almindeligt lovbud af andet indhold, at kunne tillægges anvendelse udenfor sit omraade. Ogsaa for stiftsoverretterne, for hvis vedkommende udtrykkeligt lovbud savnes, synes saaledes høiesteretslovens regel at maatte danne den nærmestliggendé analogi.

5) Personlig interesse i sagens udfald (N. L. 1—5—6, frdn. 19 august 1735 § 2 og høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 24). Det første af de anførte lovsteder bruger udtrykket: «sager, som hannem selv gjælder paa», det sidste:

[11] Retst. 1882 p. 699; 1898 p. 785; 1899 p. 696. Heller ikke kan det antages, at underdommeren bliver inhabil til under en arrestforfølgningssag at prøve lovligheden af den af ham foretagne arrest (se Anden del p. 436); jfr. derimod Schweigaard III p. 83—4, som her ganske udenfor regelen vil tillægge parternes indsigelse mod dommeren afgjørende indflydelse.

[12] Denne inhabilitetsgrund er ikke særlig fremhævet i udk. til l. om domstolenes ordning.

«sager, hvoraf han paa en umiddelbar eller middelbar maade kunde have nogen fordel eller skade». Efter disse bestemmelser bliver dommeren ikke blot inhabil, naar han selv er part i sagen, men ogsaa, naar han har en interesse i dens udfald. Denne interesse maa dog, for at komme i betragtning, være af en vis styrke, ikke altfor ubetydelig eller altfor fjern og afledet.[13]

Udtrykkene i høiesteretsloven synes nærmest at tage sigte paa den økonomiske interesse; og ligesom denne i almindelighed er den haandgribeligste, saaledes vil den ogsaa i civile sager være den hyppigst forekommende form af den heromhandlede inhabilitetsgrund. Imidlertid er der hverken i de hidhørende lovsteders ord eller i sagens natur noget, der udelukker adgangen til ogsaa at tage hensyn til interesse af anden, navnlig moralsk art, naar denne kun fremtræder paa en tilstrækkelig utvetydig og haandgribelig maade.[14] Allerede ovenfor er saaledes nævnt den interesse, der kan være begrundet i, at dommeren paa forhaand har givet parterne raad. Men ogsaa iøvrigt kan det tænkes, at dommeren paa en saadan maade har taget parti i sagen, at udfaldet maa siges ogsaa at berøre ham personlig.[15] Den blotte teoretiske interesse, der begrundes ved, at sagens udfald beror paa rigtigheden af meninger, som dommeren har forfegtet, vil dog vanskelig

[13] Se saaledes Retst. 1853 p. 791 (dommeren bliver ikke inhabil derved, at han er medlem af den kommune, der er part i sagen); Retst. 1873 p. 569 (den omstændighed, at en person eiede et par aktier i et anonymt interessentskab, ikke antaget at gjøre ham inhabil til som dommer at administrere et skjøn, hvorunder der for interessentskabet spurgtes om et mindre pengebeløb); Retst. 1891 p. 636 (i en tvist om eiendomsret til en ø, som paastodes tilhørende en fællesskov, der eiedes af samtlige et præstegjælds gaarde, antoges meddomsmændene ikke inhabile, uagtet de var gaardbrugere i det præstegjæld, hvor fællesskoven laa). Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 119; Deuntzer l. c. p. 33.

[14] Jfr. Rigsretstidende l. c.; Deuntzer l. c. p. 33. Jfr. ogsaa udtrykkene i frdn. 19 aug. 1735 § 2: «ære, gode navn og rygte og oprigtighed», hvorved imidlertid maa bemærkes, at forordningen forudsætter, at dommeren selv er part i en sag af denne art.

[15] Jfr. den før citerede dom i Retst. 1886 p. 814 ff.

kunne komme i betragtning.[16] I det hele maa man vise forsigtighed ved at strække denne art interesse som inhabilitetsgrund for langt, da lovgivningen ved at kombinere temmelig uensartede forretninger med dommerstillingen (jfr. ovenfor) synes at vise, at den ikke tillægger den interesse, der begrundes ved, at dommeren til nogen grad paa forhaand har maattet tage standpunkt, nogen afgjørende indflydelse. I ethvert fald vil ogsaa her parternes paastand faa en stor, om end ikke enebestemmende indflydelse.

6) Andre end de i det foregaaende opregnede inhabilitetsgrunde nævnes ikke i loven. Imidlertid har det altid med føie været antaget, at de omstændigheder, der af loven er tillagt betydning som inhabilitetsgrunde for vidner, saa meget mere maa have samme virkning for dommere.[17] Denne betragtning maa navnlig lede til, at foruden de foran nævnte inhabilitetsgrunde ogsaa aabenbart og heftigt fiendskab (N. L. 1—13—16) maa tillægges betydning.

§ 38.

VIRKNINGERNE AF EN INHABILITETSGRUNDS TILSTEDEVÆRELSE.[1]

I. Hvad de almindelige inhabilitetsgrunde angaar, maa der sondres: Mangler der en af de i § 36 under a), 2 og 3 (vederhæftighed og uberygtethed) nævnte betingelser, der væsentlig er af skjønsmæssig art, og som fortrinsvis maa betragtes som bud, der er rettede til administrationen, bør mangelen ikke tillægges nogen betydning for domsudslagets gyldighed. I alle andre tilfælde vil derimod tilstedeværelsen af en almindelig inhabilitetsgrund bevirke, at den sagsbehandling og den dømmende afgjørelse, hvori den inhabile dommer har deltaget, bliver ugyldig.[2]

[16] Jfr. Ugebl. for lovk. III p. 230, hvor det antages, at en dommer ikke bliver inhabil ved, at han paa forhaand har udtalt sin mening om sagen.

[17] Jfr. N. L. 1-13—17, der, sammenlignet med de tilsvarende regler for dommere, viser, at loven stiller strengere fordringer til de sidstes end til vidners habilitet, hvad ogsaa sagens natur tilsiger.

[1] Jfr Forelæsningerne over straffeproces § 33.

[2] Jfr. strpl. § 393, nr. 1 og den foran citerede dom af 18 jan. 1818; Schweigaard I p. 117. Se derimod Deuntzer Civilproces p. 30—1, der i videre

Det samme gjælder, hvor dommeren ikke har aflagt den lovbefalede ed.

Foreligger en speciel inhabilitetsgrund, maa den inhabile dommer for den enkelte sag vige sit sæde og drage omsorg for, at sættedommer beskikkes.[3] Skridt, som ikke uden væsentlig ulempe eller retstab kan opsættes, synes han at maatte kunne foretage.[4]

Har en inhabil dommer deltaget i dommen, bliver denne ugyldig[5], en regel, fra hvilken der neppe engang kan gjøres undtagelse, naar inhabiliteten aabenbart ingen indflydelse har øvet, saasom naar vedkommende dommer har stemt i modsat retning af den, der skulde tilsiges ved hans forhold til vedkommende part (jfr. strpl. § 393, 1 sammenholdt med paragrafens første led). Derimod kan det ikke ubetinget antages, at den inhabile dommers deltagelse i andre rettergangshandlinger ubetinget medfører disses ugyldighed, selv om inhabiliteten ingen indflydelse kan antages at have havt[6].

II. Med hensyn til den processuelle afgjørelse af inhabilitetsspørgsmaal mærkes:

Hvis en dom afsiges af en person, der aldeles ingen offentlig beskikkelse har som retsbetjent eller er afsat som saadan og som heller ikke kan siges at beklæde en ret (er udstyret med dennes protokoller, embedssegl, o. s. v.), vil den være en nullitet, der uden videre kan tilsidesættes (exekutionsmyndigheden kan f. ex. negte at fuld-

udstrækning hævder, at de almindelige habilitetsbetingelser tilstrækkelig opretholdes ved regjeringens ansvar for deres overholdelse og ved den efterfølgende afsættelse af dommeren. — Forsaavidt de i § 36 under b) nævnte inhabilitetsgrunde angaar, indtræder ugyldighed kun, hvor mangelen har bevirket en absolut uskikkethed hos dommeren, ikke blot en formindskelse i hans duelighed og paalidelighed.

[3] Se frdn. 19 aug. 1735 § 2. Jfr. foran p. 196. Ophører inhabilitetsgrunden, inden sættedommeren endnu har foretaget noget skridt til sagens afgjørelse, vil den ordinære dommer have at gjenindtage sit sæde, se Retst. 1896 p. 799, dept.skr. 2 oktbr. 1896.

[4] Jfr. Deuntzer l. c. p. 39; udk. til l. om domstolenes ordning kap. VII § 14.

[5] Jfr. Strpl. § 393, 1; Retst. 1897 p. 700.

[6] Jfr. Retst. 1899 p. 363.

byrde den)[7]. I alle andre tilfælde er det regelen, at en mangel ved rettens sammensætning maa gjøres gjældende ved paaanke til overordnet ret[8].

Opstaar spørgsmaalet om tilstedeværelsen af en speciel eller almindelig inhabilitetsgrund allerede ved selve den ret, om hvis mangelfulde sammensætning der er tale, bedømmer denne selv sin habilitet. Er der spørgsmaal om et enkelt medlem af en kollegial ret, kunde meget tale for, at dette medlem aftraadte ved afgjørelsen, forsaavidt retten alligevel blev fuldtallig. Efter strpl. § 69 (jfr. ogsaa l. om overstyre for konkursvæsenet af 6 mai 1899 § 3, 2det led) kan dette dog ikke ansees nødvendigt. Kun for høiesterets vedkommende er det af loven bestemt, at det medlem, om hvis habilitet tvivl er reist, ikke selv deltager i afgjørelsen af dette spørgsmaal (høiesteretsloven af 12 septbr. 1818 § 24 i. f. jfr. strpl. § 69)[9].

B. RETSSKRIVERE OG RETSBØGER[1].

§ 39.

RETSSKRIVERES ANSÆTTELSE, EGENSKABER OG PLIGTER.

I. Stillingen som retsskriver er paa landet overalt forbunden med dommerstillingen[2]. Det samme gjælder i

[7] Jfr. Getz Paaanke p. 36.

[8] Jfr. Retst. 1881 p. 589.

[9] Det norske (og danske) system, at dommeren selv bedømmer sin habilitet, er ikke det almindelige europæiske. Det er heller ikke opretholdt i udk. til l. om domstolenes ordning §§ 113 ff. Efter dette deltager en dommer, om hvis habilitet der er spørgsmaal, kun da nødvendigvis i afgjørelsen heraf, naar spørgsmaalet først reises under domsforhandlingen og retten ikke vilde blive domfør, hvis vedkommende medlem skulde fratræde. Ellers afgjøres spørgsmaalet af rettens øvrige medlemmer. Er der kun en enkelt dommer, kan det forelægges høiesterets kjæremaalsudvalg.

[1] Schweigaard I §§ 36—38; Nellemann Civilprocessens alm. del §§ 29—31.

[2] For sorenskrivernes vedkommende er retsskriverstillingen det historisk oprindelige, se Forelæsningerne over straffeproces p. 42.

de fleste byer. Retsskriver- eller, som de her kaldes, byskriverforretningerne[3] er henlagte til byfogden. Kun i byerne Bergen, Kristiania, Kristianssand og Trondhjem er der særegne byskriverembeder. Efter oprettelsen af byretterne i de to førstnævnte byer blev det ved retten forefaldende skriveri henlagt til en særskilt embedsmand (justitssekretær), medens byskriverne beholdt forvaltningen af tinglysningsvæsenet (jfr. l. 17 marts 1866 § 10 og 19 decbr. 1898 § 4).

Det samme som for de almindelige underretter gjælder om retsskriverforretningerne ved de særretter, hvis formand er den almindelige underdommer[4]. Ved skifteretterne udføres skifteskriverforretningerne regelmæssig af skifteforvalteren[5]. De dømmende kommissioner maa selv træffe den fornødne anordning med hensyn til retsskriverforretningernes udførelse ved et af deres medlemmer, med mindre kommissoriet anderledes bestemmer.

Ved overretterne har retsskriverforretningerne tidligere været besørgede af egne justitssekretærer; men i henhold til l. 31 mai 1890 § 6 er disse embeder nedlagte og deres forretninger overdragne i Kristiania og Trondhjem en af rettens assessorer, i Bergen byrettens justitssekretær[6].

Ved høiesteret er ansat en justitssekretær med protokolsekretærer, der er denne underordnede[7].

II. Om retsskriveres ansættelse gjælder det samme som om andre embedsmænd. Ligeledes gjælder om hjælperetsskrivere (sætteskrivere) tilsvarende regler som for hjælpe- (sætte-)dommere.

Retsskriverforretningerne er ligesaalidt som dommerforretningerne gjenstand for vilkaarlig overdragelse. Det er dog ikke retsskriveren forment ved udførelsen af sine forretninger at benytte bistand af underordnede, af ham antagne betjente, f. ex. at lade protokolførselen i retten ud-

[3] Jfr. den ældre sptl. 13 sept. 1830, 6te kap.

[4] Lov 28 novbr. 1898 anordner dog, at værgemaalsrettens formand tillige skal være dens skriver, (uden hensyn til, om der ved vedkommende ret er ansat en særskilt retsskriver.)

[5] Se forøvrigt nærmere Tredje del p. 9—10.

[6] Se res. 3 septbr. 1895, 6 februar 1899, A, 2 og 2 oktbr. 1901.

[7] L. 12 septbr. 1818 §§ 32 og 33 og l. 15 juli 1839 § 22.

føre af en saadan[8], der da handler paa retsskriverens ansvar, forsaavidt denne kan lægges noget tillast, og ubetinget, forsaavidt civilretslige følger angaar.

III. Med hensyn til saavel a) de almindelige betingelser for overhovedet at kunne beklæde retsskriverstillingen som b) de særlige betingelser for at forrette som skriver i den enkelte sag, gjælder i det væsentlige det samme som for dommere. Nærmere bemærkes:

Ad a) At retsskriveren skal have bestaaet juridisk examen, foreskrives i frdn. 10 febr. 1736 post 3 § 1, hvorhos for høiesterets sekretærer kræves bedste karakter og en bestaaet, særlig for dem anordnet prøve; jfr. fund. 28 juli 1824 § 39; l. 15 juli 1839 § 22.

At retsskrivere skal aflægge ed, er foreskrevet i N. L. 1—8—1 og 5.[9]

Ad b) At der gjælder de samme ugildhedsgrunde for retsskrivere som for dommere, er for civilprocessens vedkommende intetsteds udtalt ved en almindelig regel; men analogien fra strpl. §§ 66—68 (jfr. ogsaa høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 24 og 15 juli 1839 § 20) maa her være afgjørende. Dog gjælder dette selvfølgelig kun retsskriverens deltagelse i egentlig rettergang, ikke hans befatning med den frivillige retspleie (jfr. nedenfor).

Hvorvidt retsskriveren skal vige sit sæde, afgjøres af retten.

IV. Retsskriverens pligter bestaar i at føre protokollen under retsmøderne, at bevare de enhver sag vedkommende akter og forsyne de i retten fremlagte dokumenter med fremlæggelsespaategning, at give de fornødne udskrifter af disse og af protokollerne samt at bekræfte disse, hvilken bevidnelse har offentlig troværdighed. Ved overretterne og høiesteret kommer hertil udfærdigelse af retsstevninger. Desuden er under retsskriveren ogsaa henlagt en vigtig del af den ikke-dømmende jurisdiktion, nemlig tinglysningsvæsenet.[10]

[8] Jfr. skr. 11 decbr. 1889; Forelæsningerne over straffeproces p. 177.

[9] Res. 23 januar 1897 har ikke medtaget retsskrivere blandt de tjenestemænd, for hvilke en edsformular er anordnet.

[10] Jfr. Schweigaard I p. 137—8; Aubert Obligationsrettens specielle del III p. 87 jfr. 94; jfr. foran om, at tinglysningsvæsenet, hvor der en ansat baade byskriver og justitssekretær, er henlagt til den første.

I henseende til udførelsen af disse forretninger er forholdet mellem retsskriveren og retten følgende: Ved forvaltningen af tinglysningsvæsenet er retsskriveren, undtagen forsaavidt selve læsningen til tinge angaar,[11] ganske uafhængig af dommeren. Iøvrigt er han derimod denne i væsentlige retninger underordnet. Retten kan saaledes med bindende virkning for retsskriveren anordne, hvad der skal protokolleres under et retsmøde; og, forsaavidt saadan anordning træffes, har retsskriveren intet ansvar. Men hvor saadan anordning ikke foreligger, handler retsskriveren selvstændig og bærer selv ansvaret. Rettens arkiv forvaltes selvstændig af retsskriveren, der ogsaa fatter bestemmelser om tilbagelevering eller udlaan af dokumenter. Det er ogsaa retsskriveren, som alene er ansvarlig for disse, et ansvar, som ved underinstanserne dog kun vedvarer indtil 1 maaned efter dommens afsigelse (N. L. 1—23—23) og ved høiesteret 3 maaneder efter sessionens slutning (l. 12 septbr. 1818 § 32 i. f.).

Noget tvivlsomt er spørgsmaalet, om retsskriveren med hensyn til udskrifters meddelelse er afhængig af dommerens anordninger. For straffeprocessens vedkommende er dette spørgsmaal besvaret bekræftende (strpl. § 131, sidste led). Og den samme forudsætning synes at ligge til grund for frdn. 17 mai 1690, forsaavidt den retter sit forbud mod interlokutoriekjendelsers beskrivelse til dommeren.[12] Har imidlertid retsskriveren negtet at udføre en forretning, er det dog vistnok den med hans stilling i civilprocessen mest stemmende regel, at hans negtelse i alle tilfælde bliver at indbringe til prøvelse af høiere ret ved paaanke og ikke kan omgjøres af underdommeren.[13]

[11] Jfr. derom Nellemann l. c. p. 266—7.

[12] Se Schweigaard I p. 137—8. Jfr. Nellemann l. c. p. 272, der kun vil lade dette gjælde, forsaavidt begjæringen fremsættes til retsprotokollen.

[13] Jfr. Getz Paaanke p. 31 og det der i note 2 citerede.

§ 40.

RETSBØGER, PROTOKOLLATION OG UDSKRIFTER.

I. Over retternes forhandlinger skal der efter N. L. 1—8—3 jfr. 2 føres nøiagtig bog (protokol). Denne protokollation skal efter det anførte lovbud foregaa paa stedet; og det er forbudt at nedtegne det passerede paa løse blade for senere at indføre det i protokollen.

Retsbøgerne skal være paginerede, gjennemdragne og autoriserede (jfr. N. L. 1—8—2).[1] N. L. 1—8—3 forudsætter, at der foruden den ordinære tingprotokol («justitsprotokollen») føres en særegen domsprotokol.[2] For særretterne føres særegne protokoller, selv om de beklædes af samme dommer som den almindelige underret.[3] Nogen særskilt domsprotokol er dog ikke foreskrevet for disse.

Retsbogen underskrives ved hvert retsmødes slutning af dommeren og retsvidnerne (derimod ikke af retsskriveren).[4]

II. Angaaende protokollationens omfang haves for civilprocessen kun faa nærmere forskrifter (jfr. det almindelige bud i N. L. 1—8—3). I sagens natur ligger det, at protokollen maa indeholde oplysning om tiden og stedet for retsmødet, retspersonalet,[5] sagens nummer, parternes navne og navnene paa de personer, der er tilstede paa disses vegne (jfr. strpl. § 124), endvidere om forhandlingens gang og om de lovbefalede formers iagttagelse (edfæstelse af retsvidner og vidner og disses forberedelse til edsaflæg-

[1] Autorisationen meddeles for underretternes vedkommende af amtmændene, for stiftsoverretternes vedkommende af stiftamtmændene (N. L. 1—8—2), for høiesterets vedkommende af rettens justitiarius (l. 12 septbr. 1818 § 31). Overøvrighederne har ogsaa aarlig at undersøge de dem underordnede retters protokoller; frdn. 7 febr. 1738 § 4 jfr. res. 6 oktbr. 1821.

[2] Se skr r. 2 juni 1880 og 15 oktbr. 1881 jfr. for høiesterets vedkommende l. 12 septbr. 1818 § 31 og l. 15 juli 1839 §§ 16 og 17.

[3] Jfr. om skifteprotokollerne reskr. 2 juni 1775 § 1, 24 mai 1782 § 1 og 14 novbr. 1781 § 2.

[4] Se frdn. 4 oktbr. 1799 jfr. l. 28 aug. 1854 § 33.

[5] Jfr. l. 28 aug. 1854 § 29 om, at retsvidnernes fulde navne og borgerlige stilling skal antegnes i retsbogen.

gelse).[6] I den skriftlige proces's væsen er begrundet fordringen til, at saavel parternes i retten mundtlig fremkomne foredrag og erklæringer[7] som vidners og sagkyndiges forklaringer maa protokolleres med saa stor fuldstændighed, at retsbogen kan indeholde alt, hvad der i saa henseende er af betydning for sagen.[8] Parterne og vidnerne selv kan alene ved begjæringer øve indflydelse paa protokollationens omfang. Det er altid dommeren, som bestemmer dette. Nogen ret for andre til at «diktere til protokollen» bestaar ikke.

III. Parternes til retten stilede skriftlige indlæg saavelsom de iøvrigt under sagen fremlagte dokumenter bliver at angive i retsbogen, men indtages ikke i denne i sin helhed. De forsynes, som i forrige paragraf bemærket, af retsskriveren med bevidnelse af at være fremlagte i retten (fremlæggelses- eller produktionspaategning). Kun de til retten stilede dokumenter bliver dennes eiendom, medens de øvrige efter fremlæggelsen i retten vedbliver at tilhøre den, der før eiede dem. Det er ikke i civile sager saaledes som i straffesager (se strpl. § 130) gjort retsskriveren til pligt at tage afskrift af de som bevis benyttede dokumenter, naar de tilbageleveres. Tilbagelevering kan fordres af den part, der har fremlagt dem, saasnart dom er falden, men ikke før. Udlaan af dokumenter kan under sagens gang alene finde sted med samtykke af retsskriveren og den part, der har fremlagt dokumentet.

IV. Med hensyn til retsbogens beviskraft haves for civilprocessen ingen lovforskrift. Det naturlige er med støtte i analogien fra strpl. § 129 at antage, at den skaber en afbeviselig præsumtion for, at de foreskrevne former er iagttagne, men at iøvrigt dens beviskraft beror paa omstændighederne.[9]

[6] Jfr. ogsaa l. 28 aug. 1854 §§ 14 og 33 i. f.

[7] Jfr. frdn. 3 juni 1796 § 15, hvorom mere i et senere afsnit.

[8] Almindeligvis gjengives vidneprov i indirekte tale; jfr. herom Retst. 1880 p. 109 og 401.

[9] Jfr. udk. til l. om domstolenes ordning p. 224, sidste og næst sidste led: «Protokollen indeholder, forsaavidt ingen indsigelse er frem-

V. Det paaligger ikke i civile sager i noget tilfælde retsskriveren *ex officio* at meddele udskrifter af retsbøgerne. Saadanne meddeles kun efter begjæring af parterne eller andre, for hvem det forhandlede besidder retslig interesse. Disse maa antages at have en ret til at faa udskrift baade af det protokollerede og af det fremlagte.[10]

En udskrift af alt, hvad der under en retshandling (en hel retssag, et skifte, et tingsvidne, en skjønssag) er forhandlet, benævnes akt. En saadan, der navnlig er nødvendig, naar sagen skal appelleres, er retsskriveren forpligtet til at levere inden en i loven sat frist.[11] I modsætning hertil benævnes alle udskrifter, der kun angaar enkelte dele af sagen, uddrag.[12]

§ 41.

C. RETSVIDNER.[1]

I. Ved ethvert retsmøde, der bestyres af en enkeltdommer, skal der tilkaldes retsvidner.[2] Derimod tilkaldes saadanne ligesaalidt ved de kollegiale underretter som ved overinstanserne. Deres antal er ved de almindelige ting fire, men kun to ved extraretter (l. 1854 § 7), ved extrating (l. 12 oktbr. 1857 § 10) samt ved retsmøder for de extraordinære fiskedommere (l. 24 septbr. 1851 § 27, sidste p.). Deres pligter bestaar i at paase, at retsbogens indhold bliver overensstemmende med det i retten passerede, og i

sat, fuldt bevis for det der anførte. Modbevis er ikke udelukket. Iagttagelsen af de paabudte former kan alene bevises ved protokollen.»

[10] Se N. L. 1—8—7 og 1—23—22 jfr. l. 12 septbr. 1818 § 33; strpl. § 131; Schweigaard p. 143; Forelæsningerne over straffeproces p. 183

[11] Se N. L. 1—8—9 og 10 jfr. 1—5—29; frdn. 20 oktbr. 1710. Hvor der forlanges flere aktudskrifter — hvad parterne maa være berettiget til — kan fristen dog kun gjælde den første udskrift (jfr. utrykt dept.skr. 20 mai 1895).

[12] Der skjelnes mellem bekræftede og løse udskrifter, eftersom retsskriveren har bevidnet afskriftens overensstemmelse med retsbogen eller ikke.

[1] L.l. 28 aug. 1854 og 29 marts 1890; Schweigaard I § 17.

[2] Se N. L. 1—7—1; l. 1854 §§ 6 ff.; l.l. om Kristiania og Bergens byretter 17 marts 1866 §§ 2 og 3 og 19 decbr. 1898 § 3 jfr. strpl. § 117.

fornødent fald at kunne aflægge vidnesbyrd om dette. De skal derfor, naar de finder, at forretningens bestyrer har gjort nogen unøiagtig eller urigtig tilførsel til protokollen om, hvad der foregaar under forhandlingerne, gjøre ham opmærksom derpaa og i fornødent fald lade sine bemærkninger tilføre protokollen (l. 1854 § 33), hvorhos efter den anførte lovparagraf bestyreren ved forretningens slutning skal opfordre retsvidnerne til at erklære, hvorvidt de har noget ved forhandlingerne eller protokoltilførselen at erindre; den i følge heraf afgivne erklæring skal i ethvert tilfælde tilføres protokollen. Hvor der undtagelsesvis benyttes retsvidner, der ikke har fuldt kjendskab til det norske sprog (jfr. nedenfor), bliver, saavidt mulig, retsforhandlingerne samt tilførslerne til protokollen at gjengive for dem ved tolk.

Om varigheden af deres funktion bestemmer l. 1854 § 9, at de ved extraretter er pligtige til at forrette en dag, om end flere sager behandles, og at de, naar behandlingen af en enkelt sag medtager flere dage, er pligtige til at forrette indtil retsmødets slutning, med mindre dommeren fritager dem.

II. Naar der i en sag ikke søges oplysning ved examination af nogen part eller af vidne, og der heller ikke af retsvidnerne skal afgives skjøn eller foretages vurdering, som kan have indflydelse paa udfaldet, kan dommeren som retsvidner tilkalde hvilkesomhelst vidnedygtige mænd eller kvinder (l. 1854 § 16 jfr. l. 3 aug. 1897 nr. 3). Det samme gjælder undtagelsesvis ogsaa andre retsmøder, hvor nødsfald er forhaanden (l. 1854 § 13 jfr. §§ 11 og 12).[3] I alle andre tilfælde skal retsvidnerne, som her benævnes mandtalsførte retsvidner (se strpl. § 494), opnævnes paa landet af lensmanden og i byerne af den embedsmand, hvem raadstuskriverens forretninger er tillagt (l. 1854 § 6), og tages af et udvalg, der er dannet overensstemmende med de i l. af 29 marts 1890 jfr. l. 1854 § 5 og strpl. § 35 (l. 22 mai 1902) indeholdte regler. Efter disse foretages udvalget hvert andet aar i de samme aar, i hvilke lagrette- og domsmænd vælges, af formandskabet i forbindelse

[3] Det samme gjælder endvidere efter l. 26 mai 1866 tinglysningsting.

med paa landet og i ladestederne lensmanden og i kjøbstæderne magistraten og byfogden. Paa landet og i ladestederne har derhos fogden adgang til at deltage i valget (l. 1854 § 5). Ved valget skal efter l. 1890 § 2 «lægges til grund det mandtal, som efter strpl. § 41 føres over de til lagrettemænd og domsmænd valgbare personer.» Dette maa forstaaes saaledes, at samtlige de personer, der efter sidstanførte lovsted bliver at opføre paa dette mandtal, er valgbare, hvorfor efter den forandring, strpl. § 35 undergik ved l. 22 mai 1902, ogsaa kvinder maa antages at være valgbare. Idet forøvrigt med hensyn til valgbarhedsbetingelser og fritagelsesgrunde henvises til strpl. §§ 35—37 og Forelæsningerne over straffeproces § 25, skal her alene fremhæves de for mandtalsførte retsvidner særegne regler:

De i strpl. § 38 omhandlede personer kan ogsaa forlange sig fritagne for at udtages til retsvidner. Forlangendet maa fremsættes, forinden udtagelsen foregaar, og gjælder, forsaavidt det ikke er grundet paa alder, kun for den enkelte gang (l. 1890 § 3). Efter strpl. § 50 kan endvidere lagrettemænd og domsmænd undslaa sig for at gjøre tjeneste som domsmænd. Denne sidste fritagelsesgrund kan dog af overøvrigheden ophæves for kommuner, hvor det maatte være nødvendigt for, at det tilstrækkelige antal retsvidner skal kunne erholdes (l. 1890 § 4). Skulde tiltrods for denne sidste bestemmelse antallet i nogen kommune alligevel blive utilstrækkeligt, og sprogforholdene er grunden hertil, kan det af overøvrigheden videre bestemmes, at der skal føres et særskilt mandtal over de personer, der paa grund af manglende kjendskab til landets sprog er udelukket af det ordinære mandtal, og at der ogsaa af dette mandtal skal kunne udtages retsvidner. Disse bliver dog ikke at tilsige eller opnævne uden, naar personer, der har fuldt kjendskab til landets sprog, ikke er at paaregne (l. 1890 § 5).

De mandtalsførte retsvidner har første gang, de forretter, at aflægge en ed, der gjælder for enhver senere tjenestgjøren baade som retsvidne og som skjønsmand eller meddomsmand i civil sag (l. 1854 § 30[4] jfr.

[4] Efter denne bestemmelses ordlyd maa iøvrigt ogsaa de retsvidner, der i nødsfald tilkaldes udenfor udvalget efter l. 1854 § 13, edfæstes.

N. L. 1—7—5 og res. 23 januar 1897). De benævntes tidligere lagrettesmænd, men efter strpl. § 494 er denne benævnelse, der nu er forbeholdt straffeproceslovens jurymænd, erstattet med mandtalsførte retsvidner.

III. Som inhabilitetsgrunde skal for retsvidner efter l. 1854 § 32, sidste p. alene komme i betragtning, at sagen angaar dem selv eller nogen, til hvem de staar i saadant slægt- eller svogerskabsforhold, at de i almindelighed ikke kan være lovfaste vidner (d. e. efter N. L. 1—13—17 forældre, børn, søskende eller ligesaa nær besvogrede). Denne bestemmelse gaar mindre vidt end strpl. § 118, der ikke blot lader det komme an paa forholdet til parterne, men ogsaa til dommerne og retsskriveren, og som derhos blandt ugildhedsgrundene medtager afhængighed, begrundet ved ægteskab og tjenesteforhold. At de tvende sidste forhold, der ogsaa nævnes i N. L. 1—13—17, ikke er medtaget i l. 1854 § 33, er i ethvert fald en inkurie, men iøvrigt synes l. 1854 ikke paa civilprocessens omraade at kunne betragtes som afløst af den anførte bestemmelse i strpl., skjønt der ingen grund er til, at der i denne henseende skulde gjælde andre regler for civilprocessen end for straffeprocessen.

IV. De nærmere regler for opnævnelse af retsvidner for det enkelte retsmøde findes i l. 1854 §§ 6, 8, 10—13; om varsel se § 34. Straffen for retsvidner, der unddrager sig sine pligter, findes i samme lovs § 35 (jfr. l. om den alm. str.l.s ikrafttræden § 4).

V. Retsvidnerne hører til den nødvendige bestanddel af retspersonalet; og hvor de ikke er tilkaldte eller ikke opfylder lovens forskrifter i henseende til opnævnelse, edfæstelse og personlige egenskaber, bliver vedkommende retshandling ugyldig.[5]

§ 42.

D. FORSKJELLIGE ANDRE VED RETSPLEIEN MEDVIRKENDE OFFENTLIGE TJENESTEMÆND

I. Til at foretage de med en retssag forbundne forkyndelser (af stevninger, domme o. lign.) beskikkes saa-

[5] Jfr. Retst. 1881 p. 492.

kaldte stevnevidner. For høiesterets vedkommende antager retten saadanne til besørgelse af stevningernes forkyndelse i Kristiania (se l. 12 sept. 1818 § 5 i. f.); og for de særlige fiskerisager af vedkommende dommer (se l. 4 juni 1892 § 2, næst sidste led, jfr. l. 24 septbr. 1851 § 30, l.l. 3 aug. 1897 nr. 4 og 5, begges § 43 og l. 6 aug. 1897 nr. 5 § 43). Iøvrigt findes reglerne nu i l. 4 juni 1892 § 2: I hver kjøbstad og i hvert lensmandsdistrikt skal der være et hovedstevnevidne og derhos saa mange hjælpestevnevidner, som af den civile underdommer eller, hvor underretten bestaar af flere medlemmer, af rettens formand bestemmes. Disse sidste har efter hovedstevnevidnets ordre at udføre forkyndelser i hans sted.

Som hovedstevnevidne er lensmanden berettiget og forpligtet til at gjøre tjeneste i sit distrikt. I kjøbstæderne antages hovedstevnevidnet af magistrat og formandskab. Hjælpestevnevidnet antages af hovedstevnevidnet, eller, hvis dette er uvilligt til at træffe de dertil fornødne aftaler, paa landet af formandskabet, i byerne af dette i forbindelse med magistraten.

Hjælpestevnevidne og i kjøbstad hovedstevnevidne bliver at afskedige, naar det af underdommeren eller retsformanden forlanges.

Stevnevidne aflægger ed til tinge eller i paatrængende tilfælde ved andet offentligt retsmøde (res. 12 dec. 1892 § 1).

I politisager kan forkyndelser besørges af en politi-tjenestemand (l. 1892 § 1), der maa edfæstes (res. 1892 § 1).

Om ugildhed for stevnevidner bestemmer l. 1892 § 1, 2det led, at den, som enten selv er part i sagen eller kan have skade eller fordel af dens udfald, eller som er gift med eller i op- eller nedstigende linje eller i første sidelinje saa nær som søskende beslægtet eller besvogret med nogen part, ikke kan besørge forkyndelsen.[1]

Om stevnevidners pligter indeholdes forøvrigt nærmere

[1] Jfr. dept.skr. 8 januar 1894 (en lensmand kan ikke besørge forkyndelse af forligsklage i anledning af en fordring, hvis inkassation han har paataget sig).

regler i den med hjemmel af l. 1892 § 2 udfærdigede kgl. res. 12 dec. 1892.

II. Om antagelsen af retstolke haves for civilprocessen ingen almindelig, til straffeproceslovens § 123 svarende forskrift. For søretterne bestemmer søf.l. 20 juli 1893 § 318, at, hvor der tiltrænges tolk og ingen af rettens medlemmer kan og vil forrette som saadan, tilkaldes en autoriseret translatør eller anden sprogkyndig mand, der tages i ed paa, at han med samvittighedsfuldhed og efter bedste evne vil udføre sit hverv. Har han tidligere aflagt ed som translatør eller tolk, er det dog tilstrækkeligt, at han henholder sig til denne. Disse regler kan betragtes som udtryk for den gjældende retstilstand paa hele civilprocessens omraade.

Tiltrænges der under en proces oversættelse af retsdokumenter, der er affattede paa fremmede sprog, vil ogsaa de autoriserede translatører kunne benyttes, men det maa ogsaa staa parterne frit at benytte en hvikensomhelst privatmand, hvis oversættelse imidlertid ikke vil besidde offentlig troværdighed.

Translatørbevilling meddeles af justitsdepartementet (se res. 27 marts 1897)[2]. Denne bevilling medfører, som i det foregaaende antydet, ingen eneret til at udføre de hidhørende forretninger, men vel en forpligtelse til for den i loven til enhver tid fastsatte betaling[3] at forrette som translatør i det eller de sprog, hvori der er meddelt vedkommende bevilling som saadan (res. 1897, post 2). Bevillingen kan tilbagekaldes af justitsdepartementet, naar vedkommende translatørs forhold dertil findes at give anledning.

Om ugildhedsgrunde for tolke og translatører synes det samme at burde gjælde som for dommere (jfr. strpl. § 123, sammenholdt med § 193).

[2] Der kræves legitimeret sprogkundskab, opnaaet myndighedsalder og hæderlig vandel. Der gjøres ingen forskjel paa mænd og kvinder, indlændinge og udlændinge.

[3] Jfr. spt.l 6 aug. 1897 § 111.

ANDET KAPITEL

PARTERNE OG DERES STEDFORTRÆDERE[1]

§ 43.

OM PARTSFORHOLDET I ALMINDELIGHED

I. Parter i civilprocessen er de (fysiske eller juridiske) personer, angaaende hvis interesser de dømmende myndigheders virksomhed umiddelbart er paakaldt[2], og i hvis navn og paa hvis ansvar processen føres. Det er dem, for hvem dommen i sagen umiddelbart har forbindende kraft, og mod hvilke den i tilfælde kan fuldbyrdes ved tvang. Det er dem, der har at udrede retssportlerne og af retten kan paalægges at tilsvare processens omkostninger. Parternes forklaringer om sagens gjenstand bedømmes efter andre regler end udenforstaaende tredjemænds (mærk navnlig modsætningen mellem partsed og vidneed).

At en person optræder handlende i processen, er ikke tilstrækkeligt til at gjøre ham til part og underkaste ham de i det foregaaende antydede regler. Den, der ikke fører processen i eget navn og til beskyttelse af egne interesser,

[1] Jfr. Nellemann Alm. del 2det kap; Deuntzer Civilproces §§ 13 ff; Schmidt Lehrb. § 30 og den der anførte litteratur.

[2] Denne interesse behøver ikke at bestaa deri, at parterne paastaar at være subjekt i selve det retsforhold, der er processens gjenstand (mærk f. ex. det tilfælde, at en kreditor søger at faa fastslaaet en hans debitor tilkommende fordring for at kunne benytte den til sin dækkelse).

er ikke part, selv om det udelukkende er ham, der optræder handlende under processen, ja selv om det alene er ham, der har raadighed over den omprocederede rettighed. Det er saaledes i sager angaaende umyndige denne, ikke værgen, der er part, uagtet det alene er den sidste, der handler og har raadighed over sagen[3]. Paa lignende maade forholder det sig med et konkursbos bestyrer ved processer angaaende konkursboets retsforhold. Endnu mindre er naturligvis en procesfuldmægtig at betragte som part, selv hvor han undtagelsesvis er gjort ansvarlig for retssportlerne[4].

En person bliver endvidere heller ikke derved part, at han optræder til understøttelse af nogen af parterne, selv om dette sker i egen interesse[5].

Endelig begrundes intet partsforhold derved, at en person under sagen kan paalægges et ansvar, der ikke staar i umiddelbar forbindelse med sagens gjenstand (ansvar for sagførere, retsbetjente).

II. Enhver proces forudsætter mindst to parter: den, der har paakaldt de dømmende myndigheders medvirkning og saaledes har «reist sagen» (sagsøger[6], citant[7], klager[8]), og den, mod hvem sagen er reist (sagsøgte, sagvolder[9], indstevnte, indklagede[10]). Hvor en person under samme proces er baade sagsøger og sagvolder, er dette udtryk for, at der foreligger en flerhed af søgsmaal (modsøgsmaal).

Der kan i en proces være flere end to parter, enten

[3] Kun dette sidste er det, man tænker paa, naar det siges, at værgen er «hovedmand» (Schweigaard I p. 214—5); og alene herpaa beror det, at værnetinget retter sig efter hans, ikke efter den umyndiges hjemsted (se foran p. 178; jfr. iøvrigt ogsaa nedenfor p. 224—5).

[4] Se høiesteretsloven af 12 sept. 1818 § 19.

[5] Se nedenfor om biintervention i § 48.

[6] Jfr. N. L. 1—4—2 m. fl. st.

[7] Dette udtryk er særlig det i retsbrugen benyttede.

[8] Dette udtryk benyttes kun i de sager, hvor processen indledes med en klage til retten, saasom i politiprocessen.

[9] I N. L. har dette udtryk en anden betydning, se 1—7—5.

[10] I retsbrugen benyttes i almindelighed udtrykket indstevnte. «Indklagede» benyttes i de samme tilfælde, hvor citanten benævnes «klageren».

saaledes, at de flere parter paa sagvolderens eller sagsøgerens side gjør fælles interesser gjældende (procesfællesskab), eller saaledes, at en af de oprindelige parter uafhængig tredjemand gjør en selvstændig interesse gjældende (intervention).

III. Evnen til at være part i en proces (partshabilitet) tilkommer ethvert retssubjekt. Enhver juridisk person besidder saaledes partshabilitet. I visse tilfælde vil man vistnok endog maatte gaa videre og antage, at ogsaa personsammenslutninger (selskaber), der ikke har karakteren af en juridisk person, dog selvstændig kan komme i betragtning som procespart. Dette synes saaledes efter den nyere retsudvikling at maatte antages om det ansvarlige handelsselskab[11].

Udlændinge er efter vor ret ikke underkastet nogen indskrænkning i henseende til proceshabilitet[12]. At de paa grund af reglerne for exterritorialitet og værneting i visse tilfælde ikke kan dømmes her i riget, beror paa en indskrænkning, ikke i deres proceshabilitet, men i de norske domstoles kompetens.

Paa lignende maade beror indskrænkninger i domstolenes adgang til at paadømme sager, hvori statsoverhovedet er part, ikke paa manglende partshabilitet, men paa særlige statsretslige grunde. Hvorvidt kongen kan sagsøges for domstolene i private retsforhold, har forøvrigt været gjenstand for tvivl, idet enkelte har ment, at dette med hans samtykke kan ske[13], medens andre

[11] En afvigende opfatning hævdedes i første udgave af nærværende skrift p. 175. Se imidlertid forudsætningen i handelsregisterloven 17 mai 1890 § 34; jfr. ogsaa Retst. 1900 p. 795 (forandringer i et firma, efterat den sag, hvori det var part, var paadømt i første instans, ikke under sagens appel tillagt indflydelse). Konsekventsen af den her antagne opfatning er, at dommen over et handelsselskab som saadant ikke forbinder de enkelte medlemmer og ikke kan exekveres i disses private formue. Dette stemmer med, hvad der antages andetsteds; jfr. Schmidt l. c. p. 148. Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr. 1809 («Kunstnernes sommerfest 1887» anseet som processubjekt).

[12] Denne er navnlig ikke hos os som efter fremmede lovgivninger betinget af, at udlændinge stiller sikkerhed for procesomkostninger el. lign. Jfr. traktat af 27 april 1899 art. 11.

[13] Aschehoug Norges nuv. Statsforfatning I p. 191—2.

har gjort gjældende, at der — selv bortseet fra de konstitutionelle hensyn — efter vor domstolsorganisation savnes kompetens for nogen domstol til uden prorogation at antage sager mod statsoverhovedet til paadømmelse[14]. Antager man først, at kongen ikke uden videre svarer for domstolene i private sager — og dette var utvivlsomt den før grundloven af 1814 gjældende rets tilstand, hvori den nye forfatning neppe tilsigtede at gjøre nogen forandring —, synes dette privilegium at maatte opfattes som anordnet i kongemagtens interesse; og dennes enkelte indehavere bør derfor ikke vilkaarlig kunne opgive det, om end kun i en enkelt anvendelse[15].

At kongen kan være sagsøger, er ikke tvivlsomt.

Den kongelige familie staar ikke i samme stilling som kongen selv. De svarer for almindelige domstole undtagen (foruden i straffesager) i sager angaaende personlige rettigheder. I saadanne sager svarer de efter gr.l. § 37 alene for kongen eller, hvem han til dommer over dem forordner[16].

§ 44.

PROCESDYGTIGHED

I. Saavel paa processens gang som dens udfald har parterne stor indflydelse. Procesformerne haandhæves, som før berørt, i mange tilfælde kun, naar parterne forlanger det. Parten kan begrænse eller helt afskjære processen ved indrømmelser, erkjendelser, forlig. Og domsafgjørelsen træffes paa grundlag af det ved parternes egne forhandlinger skabte stof. Parterne har det i sin magt ved sine forføininger under processen at paadrage sig forpligtelser saavelsom helt eller delvis at opgive bestaaende rettigheder.

Heraf følger, at den, der selvstændig skal kunne indtræde i processen — være sig som sagvolder eller sagsøger —, maa være i besiddelse af retslig handledygtighed

[14] Jfr. Nellemann l. c. p. 359—60.

[15] Jfr. forøvrigt Retst. 1873 p. 631 og den der citerede høiesteretsdom af 20 septbr. 1834, der antog til paadømmelse en sag mod den regjerende konge, i hvilken afvisningspaastand ikke var nedlagt.

[16] Jfr. Aschehoug l. c. p. 200.

d. e. evne til selvstændig at forpligte sig. Overført særlig paa processens omraade benævnes denne procesdygtighed. Medens den i forrige paragraf under nr. III omhandlede partsdygtighed betegner evnen til overhovedet at være part, betegner det her omhandlede begreb evnen til at føre proces paa egen haand. Manglende procesdygtighed bevirker ikke, at vedkommende ikke kan være part, men at han under processen maa repræsenteres af andre.

Der gjælder om procesdygtigheden intet andet end, hvad der gjælder om den juridiske handledygtighed i almindelighed, idet de omstændigheder, der enten helt ophæver eller indskrænker denne, ogsaa har virkning i processen.

Herom bliver i det hele at henvise til privatretten, idet her kun de for processen væsentligste hovedpunkter skal fremhæves:

1) Juridiske personer repræsenteres under processen af den, der bestyrer deres anliggender eller den del af disse, som sagen angaar (ved søgsmaal mod staten repræsenteres denne af chefen for den administrationsgren, under hvilken sagen hører). Bestaar bestyrelsen af flere, vil den repræsenteres af formanden[1]. Beslægtede regler vil finde anvendelse i sager, hvor ansvarlige handelsselskaber er parter.

2) Den umyndige maa baade som sagsøger og sagvolder repræsenteres af værgen. Har den umyndige ingen værge, maa en saadan beskikkes i anledning af processen. Det er mod værgen alle de ved processen foranledigede partshandlinger (stevninger etc.) maa rettes, ligesom det alene er dennes proceshandlinger, der bliver at tillægge afgjørende betydning for sagen. Den umyndige optræder ikke selv aktivt under civilprocessen og behøver regelmæssig ikke at stevnes. I denne henseende er forholdet her anderledes end i straffeprocessen (jfr. strpl. § 98). Forskjellen er begrundet dels deri, at den sidste altid er rettet mod den umyndiges person, dels deri, at der i straffe-

[1] Jfr. udk. til l. om. domstolenes ordning § 172. Jfr. ogsaa udk. til l. om aktieselskaber m. v. (O. prop.nr.28 for 1900—1901) § 63 (jfr. § 106) og § 151.

processen er lagt vægt paa, at tiltalte ved sin nærværelse regelmæssig vil bidrage til sagens oplysning, om han end ikke har nogen pligt til at udtale sig. Disse hensyn gjælder i almindelighed ikke i civilprocessen. Hvor imidlertid sagen har sit udspring af den umyndiges personlige handlinger (skadeserstatningssager) eller angaar personlige præstationer af den umyndige, antages det, at denne personlig bliver hovedmanden i processen, medens værgens medvirkning i den er akcessorisk, hvad dog kun kan gjælde, hvor den umyndige er kommen til en saadan alder, at han har evne til selvbestemmelse[2].

Hvor sagen angaar de under overformynderiets bestyrelse staaende kapitaler, er det nødvendigt, at ved siden af værgen overformynderiet optræder i den umyndiges processer. Forudsætningen herfor er dog, at sagen direkte angaar disse midler (f. ex. spørgsmaal om udbetaling af et arvebeløb, om aflysning af en i overformynderiet staaende pantobligation). Overformynderiets medvirkning nødvendiggjøres ikke derved, at processens udfald kan medføre udtællinger, som maa blive at bestride af de i overformynderiet staaende midler[3].

At sagen angaar en gjenstand, hvorover den umyndige er beføiet til at disponere uden værge (f. ex. selverhvervet gods), bør ikke antages at begrunde adgang for ham til paa egen haand at føre proces derom. Dette er almindelig antaget, forsaavidt den umyndige indtager sagvolderens stilling[4], men det samme maa gjælde, hvor den umyndige optræder som sagsøger[5]. Den modsatte lære er betænkelig, idet selve spørgsmaalet, om den omtvistede gjenstand er selverhvervet, jo i mange tilfælde først ved

[2] Jfr. Schweigaard I p. 214; Retst. 1887 p. 884. Jfr. derimod Getz Udredninger etc. p. 126—7. Udk. til. r. l. kap. III § 1, 2det led indeholder følgende bestemmelse: «Er den paa grund af alder umyndige over 16 aar, kan dog sag, som angaar hans personlige forhold eller rettigheder, udsprungne af saadanne, ikke paa hans vegne reises uden hans samtykke.»

[3] Schweigaard I p. 214—5; Collet Familieret 4de afd. § 21 i slutn. Jfr. Ugebl. f. lovk. III p. 263 og VII p. 63; Retst. 1896 p. 873.

[4] Jfr. dog Deuntzer p. 61.

[5] Se derimod Schweigaard I p. 216—7; Deuntzer p. 62—3.

processen vil finde sin afgjørelse, og den umyndige ved processuelle indrømmelser eller ved forsømmelig procedyre kan komme til at tabe rettigheder, der i virkeligheden ikke hørte til den nævnte klasse[6].

Taber en procespart under sagen sin handledygtighed, bør det vistnok antages, at dette ikke øver nogen indflydelse paa sagens gang, forsaavidt parten under denne er repræsenteret ved en procesfuldmægtig. I modsat fald vil de af vedkommende part efter handledygtighedens tab paa egen haand trufne rettergangshandlinger være uden bindende virkning for ham; retten maa, forsaavidt den bliver bekjendt med forholdet, paa embeds vegne kunne udsætte sagen, indtil værge er beskikket og i fornødent fald foranledige saadan beskikkelse[7].

I de umyndiges processer er værgen altid hovedmanden og udøver derfor dennes partsrettigheder. I de sager, hvor tillige den umyndige optræder ved siden af værgen, maa vistnok ogsaa han kunne fremsætte paastande og

[6] Man tænke f. ex. paa et vindikationssøgsmaal angaaende en gjenstand, der paastaaes at være selverhvervet. Ved søgsmaal til indtale af vederlag for personlige tjenester — paa hvilke sager Schweigaard l. c. udelukkende synes at tænke — vil vistnok forholdet i den heromhandlede henseende fra først af være klart; men regelen bør i alle tilfælde være den samme. Kun derved sker der den umyndiges interesse fuld fyldest. Det er i det hele ingen bindende slutning, at den, der kan afhænde ved kontrakt paa egen haand, ogsaa kan føre proces paa egen haand. Schweigaard nævner selv muligheden af, at den umyndige kan paadrage sig procesomkostninger; og den herfra hentede betænkelighed afvæbnes ikke ved en henvisning til, at erstatning af procesomkostninger falder ind under synspunktet skadeserstatning. Ti dels er dette synspunkt, som i et senere afsnit skal paavises, ikke fuldt træffende; dels er spørgsmaalet her, om det ikke overalt, hvor dertil er adgang, bør forhindres, at den umyndige begaar handlinger, der kan paadrage et saadant ansvar. Den af Schweigaard fremholdte betragtning, at indstevntes indsigelse imod sagsøgeren paa grund af manglende myndighed ikke kan have nogen virkning, fordi vor ret ikke opstiller sikkerhedsstillelse for procesomkostningers udredelse som betingelse for sagsanlæg, overser, at retten *ex officio* har at varetage den umyndiges tarv og derfor at afvise sagen, hvor dette kræver, at saa sker. — I udk. til r. l. har den her bestridte lære ikke fundet optagelse, ligesaalidt som fremmede proceslove har nogen saadan bestemmelse.

[7] Jfr. udk. til r. l. kap. X § 3.

begjæringer for retten; men fremkommer der herved strid mellem ham og hans værge, maa retten følge værgen[8].

3) Den mindreaarige er selv forsaavidt hovedmand (N. L. 3—19—34), som han altid personlig maa optræde som sagsøger og stevnes som sagvolder. Ved siden af ham varetager imidlertid en kurator alle hans formuesanliggender. I sager angaaende disse maa derfor naturlig ogsaa kurator medvirke[9]. Man gaar imidlertid videre. Ledet af den betragtning, at enhver proces kan faa formueretslige virkninger, opstiller man den sætning, at kurators medvirkning er nødvendig i alle processer[10].

Hvorledes den mindreaariges og kurators forhold til hinanden under processen nærmere skal opfattes, er ikke ganske klart[11]. Regelen for kurators stilling udenfor processen skulde lede til, at de af den mindreaarige afgivne proceserklæringer kun blev bindende, naar de blev tiltraadt af kurator. Anvendelsen af denne regel i rettergangen vilde imidlertid unødig hæmme denne; og med den betragtning, at den mindreaarige er hovedmanden i processen, synes det at stemme bedst kun at tillægge kurator samme støttende partsrettigheder som de, der tilkommer en biintervenient (jfr. nedenfor § 48)[12].

4) Den gifte kvinde har efter l. 29 juni 1888 § 11 samme myndighed som den ugifte; og der er derfor nu i intet tilfælde nogen nødvendighed for at stevne manden i sager, der angaar hustruen. Men en dom over denne alene vil kun forpligte hende og hendes særmider, ikke fællesboet. I tilfælde, hvor en af hustruen paadragen forpligtelse ogsaa paahviler fællesboet (§ 17), maa manden som dettes bestyrer stevnes, for at der skal banes adgang til exekution i dette[13]. Men undladelsen heraf medfører i intet tilfælde afvisning.

[8] Jfr. Forelæsninger over straffeproces p. 251.

[9] Naar kurator har mødt under sagen, er det ligegyldigt, om ikke stevningen har lydt paa hans navn; Ugebl. f. lovk. II p 21 jfr. V. p. 85. — Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr. 1799.

[10] Schweigaard I p. 215. Jfr. ogsaa udk. til r. l. kap. III § 2.

[11] Jfr. herom Deuntzer l. c. p. 65.

[12] Saaledes udk. til r. l. l. c.

[13] Jfr. Aschehoug i Retst. 1890 p. 49—50.

5) Konkursskyldneren er ikke som saadan procesinhabil. Om konkursens indflydelse paa hans processer henvises til Fjerde del § 31.

II. At en person er procesdygtig *(legitima persona standi in judicio)*, maa retten *ex officio* paase. Dog er der ingen nødvendighed for den til paa egen haand at indhente oplysninger om dette punkt, naar der ingen særlig tvivlsgrund foreligger[14].

Manglende procesdygtighed for nogen af sagens parter leder til afvisning; og er sagen tiltrods derfor fremmet, kan dommen ved appel annulleres.

§ 45.

PARTERNES KOMPETENS ELLER LEGITIMATION MED HENSYN TIL SAGEN[1].

I. Forskjelligt fra spørgsmaalet om betingelserne for at kunne være part (partsdygtighed) og for at kunne optræde som part paa egen haand (procesdygtighed) er spørgsmaalet om det, man har kaldt parternes kompetens[2] eller legitimation med hensyn til sagen *(legitimatio ad causam)*. Herved menes betingelserne for, at den, der i processen optræder som sagsøger eller sagvolder, virkelig er subjekt for den rettighed eller forpligtelse, der er søgsmaalets gjenstand, f. ex. at den, der indtaler en cederet fordring, kan legitimere sig som cessionar; at den, af hvem en arvegjæld indkræves, er rette arving o. lign. Man taler om aktiv og passiv saglegitimation, eftersom spørgsmaalet angaar sagsøgeren eller sagvolderen.

Medens parts- og procesdygtigheden betinger muligheden af selve sagens paadømmelse i realiteten (er saakaldte procesforudsætninger), berører spørgsmaalet om,

[14] Jfr. Ørsted Eunomia III p. 557—8.

[1] Schweigaard I § 55; Getz Udredninger etc. p. 127; Nellemann Alm. del § 47; Deuntzer Civilproces § 14.

[2] Dette udtryk brugtes forøvrigt af den ældre teori ogsaa som ensbetydende med procesdygtighed; se Schweigaard l. c. Jfr. ogsaa Ørsted Eunomia III p. 556 ff.

hvem der er kompetent sagsøger eller sagvolder i en sag, betingelserne for, at den under processen reiste paastand ved dommen skal vinde anerkjendelse. Det første er derfor et processuelt, det sidste et materielretsligt spørgsmaal, der udelukkende bliver at besvare efter civilretslige grundsætninger.

For tanken er det vistnok i mange anvendelser muligt at holde ud fra hinanden spørgsmaalet om, hvorvidt en rettighed af det omprocederede indhold er stiftet, og hvorvidt den til et givet tidspunkt tilkommer en bestemt person; og besvarelsen af disse spørgsmaal vil i mange tilfælde afhænge af helt forskjellige momenter (jfr. saaledes det foran nævnte tilfælde, at saglegitimationen beror paa et arvespørgsmaal), hvilket i og for sig kan gjøre det naturligt, at de forhandles og afgjøres særskilt. Men strengt begrebsmæssig kan et retsforhold ikke løsrives fra sit subjekt. Tilkommer den omprocederede rettighed ikke *A*, men *B*, saa existerer overhovedet ikke den rettighed, hvorom der under sagen er tale, men en helt anden, hvorfor en dom, der fastslaar eller underkjender *A*'s rettighed, ikke berører *B*. Og paa samme maade ved den passive legitimation: Paahviler en paastaaet forpligtelse ikke *A*, men *B*, saa existerer overhovedet ikke det under sagen omhandlede retsforhold, men et helt andet. For tinglige retsforhold gjælder aabenbart i den her omhandlede henseende intet særeget, forsaavidt sagsøgeren angaar: Er ikke sagsøgeren, men en tredjemand eier, existerer ikke den paastaaede eiendomsret. Er sagsøgeren i et servitutsøgsmaal ikke eier af det herskende grundstykke, saa tilkommer der ikke ham (men vel maaske en tredjemand) en servitutret. Forsaavidt sagvolderen angaar, er stillingen i den henseende eiendommelig ved tinglige retsforhold, at disse ikke i og for sig udpeger nogen bestemt person som forpligtet. Et forhold mellem to bestemte personer fremkommer først, naar rettighedens nydelse forholdes rettighedshaveren af en fremmed; og om det er *A* eller *B* eller *C*, som stiller sig i veien for retsnydelsen, har aabenbart ingen indflydelse paa rettighedens identitet. Men paa den ene side kan de retskrav, sagsøgeren ud-

leder af sin ret (krav paa omgjørelse af en indtraadt forstyrrelse, udlevering af tingen, simpel anerkjendelse af hans ret), være forskjellige ligeoverfor de forskjellige personer. Og paa den anden side maa det fastholdes, at han ikke ved at anlægge sag mod *A* med virkning for *B* eller *C* kan faa sin tinglige ret fastslaaet, da dommen altid kun har retskraft mellem parterne.

II. At spørgsmaalet om parternes legitimation til sagen er af materiel, ikke af processuel art, har tidligere været miskjendt baade af vor teori og praxis [3]. Man antog, at en sag, der var anlagt af en inkompetent sagsøger eller mod en inkompetent sagvolder, maatte blive at afvise fra retten, og det endog *ex officio*, hvoraf som følgesætning flød, at om en overordnet instans fandt mangler ved legitimationen med hensyn til sagen, kunde den ikke paadømme den, men maatte hjemvise den til ny behandling ved underretten. En anden konsekvens af den nævnte opfatning var, at spørgsmaalet om parternes kompetens overensstemmende med reglerne for afvisningspaastande antoges at kunne paakjendes særskilt, medens regelen for realitetsforhandlingen i vor proces er, at den ikke kan splittes i flere dele.

Nu er i almindelighed den rigtige opfatning trængt igjennem baade i teori og praxis, hvorefter manglende legitimation til sagen baade paa sagsøgerens og sagvolderens side leder til frifindelse og som enhver anden frifindelsesgrund alene kommer i betragtning, naar den gjøres gjældende af parten selv.

I én anvendelse har dog den urigtige teori fæstet saa dybe rødder, at den fremdeles behersker retsbrugen, nemlig ved tinglige søgsmaal angaaende fast eiendom.

Den naturlige regel for alle tinglige søgsmaal er, at den, der vil gjøre en tinglig ret gjældende (fortrinsvis tænkes i almindelighed her paa *rei vindicatio*, men regelen er den samme for et hvert tingligt søgsmaal), altid kan holde sig til tingens ihændehaver, hvad enten denne besidder paa egne

[3] Det samme har forøvrigt været tilfælde andetsteds; jfr. Bethman-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (1827) p. 78—117, især p. 82, hvor ældre misforstaaelser findes opklarede.

eller paa en andens vegne[4]. Vil han opnaa tingens udlevering, er det aabenbart nødvendigt for ham at rette søgsmaalet mod detentor, der er den eneste, som direkte kan forskaffe ham, hvad han tilsigter at opnaa. Men at søgsmaalet tillige angaar selve rettens tilværelse, bør ikke nødvendiggjøre, at han retter det mod den juridiske besidder, hvor denne er en anden end detentor. At en dom over den sidste ikke er ham til fuld nytte, fordi han ikke derved faar retten fastslaaet med virkning for den juridiske besidder[5], er paa den ene side en betragtning, hvis vægt det faar blive sagsøgerens egen sag at bedømme, medens paa den anden side netop deri ligger, at den juridiske besidders interesser ikke berøres af søgsmaalet, og at derfor intet naturligt hensyn taler for at gjøre hans inddragelse i sagen obligatorisk. I visse tilfælde vil iøvrigt den juridiske besidders interesse faktisk kunne berøres af en detentor overgaaet dom; saaledes hvor denne gaar ud paa, at han skal foretage noget med tingen (f. ex. nedrive et bygværk, stænge et vandløb o. s. v.). Men selv i saadanne tilfælde er det naturligere at søge den juridiske besidders betryggelse i hans ret til intervention[6] i forbindelse med en pligt for detentor til at underrette ham om processen[7], end i at tvinge sagsøgeren til at rette søgsmaalet mod en anden end den, der har tingen i hænde.

Den her hævdede betragtningsmaade er ogsaa antagen i vor ret, forsaavidt angaar løsøre, idet den forsaavidt har udtrykkelig hjemmel i N. L. 5—8—15 jfr. 5—7—4, der giver vindikanten ret til efter frit valg at holde sig til enten den naturlige eller den juridiske besidder.

Derimod har man ved fast gods saavel i teori som praxis antaget den lære, at tinglige søgsmaal skal rettes mod den juridiske besidder, og at sagen af retten *ex officio*

[4] Overensstemmende hermed Ørsted Jur. tidsskr. II, 1 p. 24—25; Nellemann l. c. p. 373—4; Getz Udredninger etc. p. 130. Saaledes ogsaa den romerske ret; jfr. fr. 9 D. 6 1.

[5] Jfr. Schweigaard l. c. p. 207.

[6] Jfr. herom nedenfor § 48.

[7] Se nedenfor § 50.

skal afvises, saafremt denne ikke er gjort til modpart[8]. Denne lære støttes dels paa N. L. 3—14—29 dels paa tinglysningsinstitutionen. Det anførte, temmelig uklare lovbud er imidlertid neppe afgjørende. Det foreskriver nemlig, at den indstevnte leilænding skal give sin husbond varsel, og forudsætter saaledes, at sagen fra først af rettelig er reist mod leilændingen. Ved siden heraf synes slutningen af artikelen nærmest at maatte opfattes ikke som et processuelt, men som et materielt bud: Vil sagsøgeren have en dom, der forbinder husbonden, maa denne stevnes; leilændingen kan og bør paastaa sig frifunden[9]. Paa tinglysningsinstitutionen kan regelen ikke grundes. Ti saaledes som denne institution hos os er indrettet, frembyder den ingen garanti for, at grundbøgerne (skjøde- og panteprotokollerne) indeholder sikker oplysning om, hvem der er juridisk besidder. Den, der i disse protokoller staar som eier, kan forlængst være død eller have afhændet eiendommen. I saadanne tilfælde vil det i regelen være gjennem den naturlige besidder man lettest kan faa kundskab om, hvem den juridiske besidder er. Og det naturlige er da, at man kan rette søgsmaalet mod detentor, overladende denne at give den juridiske besidder underretning om søgsmaalet. Saaledes som forholdet nu er, lades man i tvivl om, hvorvidt den i retsbrugen gjennemførte regel er saaledes at forstaa, at sagsøgeren altid er betrygget mod afvisning, naar han har gjort den, der i grundbøgerne staar som eier, til modpart, selv om

[8] Se Schweigaard I p. 206 ff; Retst. 1860 p. 582—5 og det der p. 584 citerede; 1870 p. 486 (jfr. om denne dom nedenfor p. 240—1); 1884 p. 838; 1900 p. 737. Iøvrigt har, som i § 47 vil blive omhandlet, retsbrugen ikke indskrænket sig til at kræve det tinglige søgsmaal rettet mod den juridiske besidder, men tillige opstillet den fordring, at ogsaa andre tinglig interesserede skal inddrages i sagen. — Det foreliggende norske proceslovudkast har ikke optaget den i texten omhandlede lære; jfr. Getz Udredninger l. c.

[9] Ved siden af den anførte artikel af lovbogen paaberaaber Schweigaard l. c. sig ogsaa odelsloven 26 juni 1821 § 20; men odelsprocessen er expropriationsproces og som saadan rettet paa stiftelse af nyt retsforhold. Den tilsteder derfor ingen slutning til almindelige søgsmaal.

denne i virkeligheden har ophørt at være eier. Dette bør dog vistnok antages[10].

I visse tilfælde af søgsmaal om fast eiendom er sagsøgeren undtagelsesvis berettiget til at holde sig til den naturlige besidder med den følge, at dommen uden videre forbinder ogsaa den juridiske besidder[11]. Dette gjælder efter N. L. 1—4—14 ved eiendomssøgsmaal, rettet mod konkursbo eller dødsbo, samt efter N. L. 1—4—13 ved grænsetvistigheder, hvor den juridiske besidder, mod hvem sagen reises, ikke har bolig i riget. Forøvrigt mærkes i denne sammenhæng, at efter l. om statsborgerret af 21 april 1888 § 10 skal udlænding, som fremtidig erhverver fast eiendom i Norge eller brugsret over saadan, hvis han ikke er bosat her, være forpligtet til paa det sted, hvor eiendommen ligger, at have en fuldmægtig, som er bemyndiget til i hans fravær at svare paa hans vegne for domstolen; denne fuldmægtigs navn og bolig skal tinglyses.

§§ 46—47.

OM FLERHED AF PARTER. a) PROCESFÆLLESSKAB[1].

I. Som i § 43 bemærket, kan der under en proces optræde enten flere sagsøgere eller flere sagvoldere, i hvilket tilfælde der i virkeligheden foreligger ligesaa mange forskjellige sager, som der paa den ene eller anden side er parter (subjektiv søgsmaalskumulation). Naar de flere parter gjør en ensartet interesse gjældende under

[10] Jfr. Retst. 1891 p. 409; Aubert Obligationsrettens sp. del III p. 201. — I Retst. 1897 p. 878 er det antaget, at det ved panteretssøgsmaal er tilstrækkeligt at stevne den, der efter kjøbekontrakt med overtagelse af pantegjælden er besidder af eiendommen.

[11] At dette sidste er meningen, fremgaar klart af de hidhørende lovsteder, som derfor ikke tilsteder nogen antitetisk slutning til støtte for den foran bestridte, af retsbrugen antagne lære om nødvendigheden af i almindelighed at gjøre den juridiske besidder til sagvolder.

[1] Schweigaard I § 58; Nellemann Alm. del p. 343 ff.; Deuntzer Civilproces p. 117 ff. Jfr. ogsaa Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten (1844); Schmidt Lehrb. § 156 og den der citerede litteratur.

processen, siges der mellem dem at bestaa procesfællesskab *(litis consortium)*, et udtryk, der forsaavidt er mindre træffende, som det peger hen paa et interessentskabslignende forhold, hvilket, som nedenfor skal paavises, ikke bestaar mellem de flere parter.

II. Betingelserne for den subjektive søgsmaalskumulation findes i det almindelige reskript af 3 januar 1755.

Dette lovbud, hvis udtryk er affattede nærmest med gjældssager for øie[2], forbyder at tiltale «mange og diverse debitorer» under én sag, med mindre «den enes debit har nogen sammenhæng med den andens». At regelen ikke kan indskrænkes til gjældssager, men maa opfattes som almindelig for alle slags sager, har ikke været betvivlet. Dog ansees reskriptet ikke gjældende for tvistigheder, der paadømmes af skifteretten under konkurs-, skifte- eller arvebehandling[3].

Reskriptets bud omtaler alene det tilfælde, at der er flere sagvoldere, men det maa utvivlsomt analogisk udvides til ogsaa at gjælde, hvor der optræder en flerhed af sagsøgere.

Det vigtigste fortolkningsspørgsmaal, som reskriptet fremkalder, er, af hvilken art den sammenhæng (konnexitet) mellem de flere sager maa være, som skal kunne begrunde adgangen til kumulation.

Det er efter reskriptets ord klart, at det i denne henseende ikke er nok, at der er fællesskab i den retslige begrundelse (f. ex. at de flere sagvolderes forpligtelser beror paa et og samme lovsteds fortolkning) eller at der er fællesskab i bevisligheder (f. ex. at et og samme dokument giver oplysning om de flere parters rettigheder og forpligtelser), medens paa den anden side heller ikke mangelen paa et saadant fællesskab i henseende til retssynspunkt udelukker adgangen til kumulation. Hvad det efter reskriptets ord kommer an paa, er en materiel sammenhæng mellem selve de retskrav, der reises af eller mod

[2] Jfr. om foranledningen til reskriptet Stampes Erklæringer II p. 375

[3] Jfr. Tredje del p. 188—9 og Fjerde del p. 272.

de flere parter. En saadan sammenhæng begrundes først og fremst ved fællesskab i oprindelse (samme skadegjørende forhold, samme interessentskabs- eller leieforhold, arv efter en og samme person o. lign.). Absolut identitet i henseende til grundlaget for flere særskilte retskrav vil aldrig kunne være tilstede, og spørgsmaalet om fællesskab i grundlaget vil derfor altid til en vis grad være skjønsmæssigt[4]. Sammenhæng mellem de forskjellige retskrav vil endvidere kunne begrundes ved gjenstandens enhed, saasom samme udelelige ting eller samme generiske ydelse i den forstand, at den enes betaling befrier de andre, eller den enes modtagelse ophæver de andres ret. Retsbrugen antager her, at den tilstrækkelige sammenhæng er tilstede, selv om den ene sagvolders forpligtelse er subsidiær i forhold til den andens (hovedskyldner og simpel kautionist)[5].

[4] Jfr. Getz Paaanke p. 56—7. Ved dette skjøn vil naturlig ogsaa hensynet til, om fællesskabet i grundlag betinger et større eller mindre fællesskab i henseende til processens faktiske materiale i det hele (beviser) faa en medbestemmende indflydelse. Se forøvrigt til belysning af sætningen: Retst. 1859 p. 307 ff. (flere trælasthandlere, der paastod ved en opført dam at have lidt skade i sin tømmerflødning, anseede berettigede til at indtale sine erstatningskrav under én sag); Retst. 1877 p. 237 (flere grundeiere antagne berettigede til under samme sag at indtale erstatningskrav, opstaaede ved en, samtlige sagsøgere paa ensartet maade skadende bedrift, hvorved et elvedrag forurensedes med sagflis); Retst. 1892 p. 411 (flere bønder, der havde lidt skade paa sine sætervolde og slaattemarker ved en fjeldfins renhjorder, antagne berettigede til under en sag at indtale erstatning); Retst. s. a. p. 775 (en eier og flere brugsberettigede til en vei antagne berettigede til under samme sag at sagsøge en anden brugsberettiget for utilladt benyttelse af veien). Jfr. ogsaa Retst. 1889 p. 778; 1896 p. 575 ff. (især p. 577); 1897 p. 760; 1898 p. 14, 283 og 729; 1899 p. 504 (ensartethed i oprindelse og gjenstand anseet tilstrækkeligt); 1902 p. 635; Hambro Byretsdomme nr.ne 1833—9 og nedenfor p. 252. — Udk. til r. l. kap. IV § 1 tilsteder kumulation, naar de flere personer paastaar sig berettigede eller paastaaes forpligtede i fællesskab, samt naar de flere krav »hviler paa de samme eller væsentlig ligeartede faktiske og retslige grunde.»

[5] Retst. 1856 p. 71—7 jfr. Schweigaard I p. 229. Se endvidere Ugebl. f. lovk. IV p. 367; V p. 373; Retst. 1871 p. 361; 1894 p. 311. — I Ugebl. f. lovk. I p. 283 haves exempel paa, at retten (i tilf. Kristiania søret) har antaget et søgsmaal, der alternativt var rettet mod tvende assuranceselskaber, idet spørgsmaalet var, om et forlis faldt indenfor det

Hvor flere sager er forenede, uden at betingelserne efter reskr. 1755 er tilstede, siges der at foreligge ulovskikket kumulation (*cumulatio inepta*). Sagen maa da *ex officio* afvises af retten. Modpartens samtykke kan ikke fjerne hindringen. Regelen er ikke given blot til betryggelse for parterne, men ogsaa opstillet i rettens interesse. Loven har i denne henseende behandlet den subjektive kumulation noget anderledes end den objektive[6], idet den er gaaet ud fra, at en optræden i samme sag af flere parter med adgang til antagelse af flere sagførere vil kunne medføre en større forvikling af procedyren end en forening af flere sager mellem samme personer.[7]

Derimod kan den i reskr. 1755 liggende hindring for kumulation fjernes ved kgl. bevilling.[8] Saadan meddeles regelmæssig kun, hvor alle parter er enige om sagernes forening.

I alle tilfælde er adgangen til subjektiv kumulation afhængig af, at den samme ret er kompetent til at dømme i samtlige sager, og at procesformerne for disse er de samme.

III. Hvor der mellem flere personer bestaar et udeleligt retsfællesskab, har der været opkastet spørgsmaal om, hvorvidt den ene, uafhængig af den anden, kan optræde som sagsøger eller gjøres til sagvolder,[9] og om saaledes et procesfællesskab i noget tilfælde er nødvendigt.

ene eller det andet selskabs risiko; men dette gaar ud over de ved reskriptet optrukne grænser for subjektiv kumulation; og i lignende tilfælde sees ogsaa i almindelighed kumulationsbevilling erhvervet. Anderledes derimod det i Retst. 1900 p. 557 meddelte tilfælde (erstatningskrav alternativt mod sælgeren og dennes kommissionær).

[6] Se om denne nedenfor § 61.

[7] Jfr. Stampe l. c. p. 377 ff. — Udkast til r. l. kap. IV § 7 bestemmer, at «en forening af søgsmaal, hvorimod ingen af parterne reiser indsigelse, alene da behøver paa embeds vegne at hæves, naar deres indbringelse for samme ret eller behandling efter samme procesregler er utilstedelig.» Efter samme udkasts kap. IX § 10 kan imidlertid retten naarsomhelst bestemme, at flere i samme retssag forenede krav udsondres til særskilt forhandling.

[8] Se regjeringsinstr. 15 januar 1881 § 7 nr. 45 litr. c. Jfr. Faith Juridiske afhandlinger II p. 254—8.

[9] Getz Udredninger p. 127—8; Nellemann Alm. del § 49; Deuntzer Civilproces p. 69 ff.

I hvilke tilfælde retsforholdet er af den nævnte art, bliver at afgjøre efter civilretslige grundsætninger. Her skal nogle hovedpunkter fremdrages til belysning af emnets processuelle side.

Paahviler en udelelig forpligtelse (udførelsen af et arbeide, overdragelsen af en bestemt gjenstand) flere i forening, uden at forpligtelsen er solidarisk (hvad den f. ex. ikke efter hovedregelen i N. L. 5—2—84 vil være, naar den er gaaet over paa arvinger), kan fordringshaveren ikke kræve af den enkelte, at han skal yde det hele; ti under vor forudsætning er den enkeltes forpligtelse betinget af de medforpligtedes samvirken. Selvfølgelig kan fordringshaveren heller ikke, naar den forpligtede modsætter sig det, faa dom for, at den enkelte skal yde alene. Hvad han ligeoverfor den enkelte skyldner kan opnaa, er alene, at denne ved dom kjendes forpligtet til i forening med de andre skyldnere at opfylde forpligtelsen, en dom, der imidlertid ikke vil kunne udstyres med tvangsklausul.[10]

Paa tilsvarende maade forholder det sig, naar flere har krav paa en udelelig præstation, uden at fordringen er solidarisk. Er det krav, der tilkommer de flere fordringshavere, af saadan beskaffenhed, at dets opfyldelse ligeoverfor den enkelte i lige grad kommer alle til gode (saasom hvor det gjælder opførelse eller nedrivelse af et bygværk, aabning af en vei o. lign.), vil den forpligtede ikke kunne modsætte sig, at den enkelte fordringshaver paa egen haand uden samtykke fra de øvrige optræder som sagsøger. Er kravet derimod af den art, at opfyldelsen til den enkelte vilde medføre en udelukkende tilegnelse fra dennes side (saasom hvor kravet er rettet paa overdragelsen af en gjenstand), er den enkelte fordringshaver ikke berettiget til som sagsøger at kræve det hele, da han ikke kan give skyldneren liberatorisk kvittering herfor.[11]

[10] Jfr. Deuntzer l. c. p. 70.

[11] Der kunde iøvrigt være meget, der talte for, at han erkjendtes berettiget til paa egen haand at oppebære ydelsen, naar han stiller skyldneren betryggende sikkerhed for, at denne ikke skal være udsat for yderligere krav fra de andre fordringshaveres side. Man vil ellers komme i forlegenhed med at anvise en hensigtsmæssig udvei, naar disse vægrer

Hvad den enkelte fordringshaver kan kræve, er alene fastsættelse af skyldnerens pligt til at yde til ham i forening med de andre.

I intet tilfælde er imidlertid den af den enkelte erhvervede dom bindende for de andre. Har han vundet sagen, giver dette ikke de øvrige nogen selvstændig ret; og den, der har optraadt som sagsøger, kan ved aftale opgive de derved vundne fordele (f. ex. frafalde sin ret efter en dom, der tvinger sagvolderen til at nedrive et bygværk). Har sagsøgeren tabt sagen, udelukker dette ikke, at de øvrige fordringshavere kan opnaa en for sig gunstig dom, der da faktisk ogsaa vil komme den tidligere tabende sagsøger til gode.

Ved udelelige tinglige rettigheder vil forholdet, hvor der er flere berettigede (f. ex. en grundstykservitut, tilliggende en eiendom, der eies af flere i fællesskab), stille sig ganske som ved obligatoriske rettigheder. Er der paa den passive side af det tinglige retsforhold flere subjekter (som f. ex. ved servituter over et grundstykke, tilhørende flere sameiere), er der intet til hinder for, at rettighedshaveren ved dom kan faa sin ret fastslaaet i forhold til den enkelte. Denne dom er imidlertid ikke bindende i forhold til de øvrige. Er det kun en enkelt af de flere sameiere, der har forstyrret rettighedshaverens retsnydelse, er det klart, at søgsmaal til ophævelse af denne retsforstyrrende tilstand alene kan rettes mod den, der er skyld deri. Vil derimod sagsøgeren sætte gjennem en paastand med hensyn til tingen, der ikke paa denne maade støtter sig paa en enkelts retsstridige forhold, og som i sin gjennemførelse i lige grad berører alle sameiere (f. ex. nedrivelse af en dam, forandring af et elveløb o. lign.), kan den en-

sig ved at medvirke til fordringens inddrivelse. Den udvei, som Nellemann (p. 404—5) anviser, nemlig ved dom at faa dem tilpligtede at gjøre fælles sag med den fordringshaver, der ønsker at inddrive kravet, er i sig selv lidet heldig; og det vil være vanskeligt at paavise noget grundlag for en saadan pligt til fælles optræden, naar der ikke bestaar noget kontraktsmæssigt eller kvasikontraktsmæssigt forhold mellem de flere fordringshavere.

kelte sameier, der er sagsøgt, paastaa sig frifunden, saafremt ikke hans forhold til medeierne bevirker, at han er berettiget og forpligtet til at handle paa deres vegne. Angaar søgsmaalet en grænsetvist mellem flere eiendomme, der ligger i sameie, vil en dom, vunden over eller af den enkelte sameier, alene fastslaa grænsen i forhold til ham, og for de øvrige kun have faktisk betydning, saalænge dommen staar uophævet.[12]

Det i det foregaaende udviklede vil have vist, at læren om det saakaldte nødvendige procesfællesskab *(litis consortium necessarium)* i virkeligheden er en anvendelse af grundsætningerne for parternes legitimation med hensyn til sagen. Det er i de i det foregaaende omhandlede tilfælde af udelelige retskrav en materiel betingelse for dom, overensstemmende med sagsøgerens paastand, at han ved aktivt procesfællesskab optræder i fællesskab med eller har bemyndigelse fra sine medberettigede, og ved passivt procesfællesskab, at han retter søgsmaalet mod samtlige de personer, der paa den passive side er retsforholdets subjekter. Sagvolderen har, hvor denne betingelse mangler, en paa det materielle retsforhold grundet indsigelse mod søgsmaalet *(exceptio plurium litis consortium)*. Nogen processuel betingelse for sagens fremme er procesfællesskabet ikke; og mangler i denne henseende bevirker som enhver mangel ved legitimation til sagen frifindelse paa grund af, at sagsøgeren ikke tilstrækkelig har begrundet sin paastand, derimod ikke afvisning. Gjør sagvolderen ikke nogen indsigelse mod at dømmes tiltrods for en saadan mangel, har dommeren ikke her mere end i andre tilfælde at gjøre en frifindelsesgrund gjældende til gunst for ham.

De her fremstillede synsmaader har dog i en vigtig anvendelse ikke formaaet at trænge igjennem i retsbrugen, nemlig ved tvistigheder om fast gods. Som i § 45 forklaret, har vore domstole ved vindikationssager om fast gods krævet, at den juridiske besidder skal gjøres til sagvolder, og at sagen ikke kan ansees rigtig anlagt, hvis

[12] Jfr. Getz Paaanke p. 117, note 2 a; sammes Udredninger etc. p. 128.

dette ikke er skeet, hvorfor den isaafald *ex officio* maa afvises. Ved at opstille denne lære ledes man vistnok for en væsentlig del af den forestilling, at den juridiske besidder var den i eiendomsspørgsmaalet mest interesserede, uden at man tilbørlig tog i betragtning, at dommen ikke bandt ham, naar han ikke var gjort til part. Men herved var man kommen ind paa et skraaplan, der ledede videre: Det er ikke blot den juridiske besidder, der er interesseret i sagens udfald, men ogsaa andre, der paastaar selvstændige rettigheder i den omtvistede eiendom. Saaledes opstod en praxis, hvis rette omfang det er ligesaa vanskeligt at angive som den teoretiske grund.[13]

Den mest afgjørende af de her foreliggende høiesteretsdomme (se den i Retst. 1870 p. 486 ff., Ugebl. for lovk. X p. 393 ff. meddelte dom) afviste en sag, hvorved en dæmning paastodes nedrevet, fordi ikke ved siden af dæmningens eier ogsaa en tredjemand, der antoges at have en selvstændig ret til dæmningen, var gjort til sagvolder.[14] Konsekvensen heraf skulde være, at overhovedet enhver, der har en selvstændig interesse i eiendommen — saaledes ogsaa panthavere, — skulde stevnes som modparter. Og denne regel skulde følgerigtig ikke indskrænkes til at gjælde alene eiendomstvistigheder, men enhver sag, hvorunder tinglige rettigheder til fast gods gjøres gjældende. Saa vidt synes imidlertid retsbrugen ikke tilbøielig til at gaa. Man synes her væsentlig at have for øie tilfælde, hvor dommens gjennemførelse faktisk vilde kunne berøre flere; men denne begrænsning er dog ikke sikker, da man vistnok ogsaa vil gjøre regelen anvendelig paa grænsetvistigheder, uagtet, som foran paavist, en dom over den ene interesserede her hverken faktisk eller retslig præjudicerer de andre.

At den af domstolene befulgte regel overhovedet ikke er modtagelig for en teoretisk begrundelse, vil fremgaa af

[13] Jfr. ogsaa Getz Paaanke p. 117, note 2 a.

[14] Jfr. ved siden heraf de i Retst. 1866 p. 117 og 1867 p. 569 meddelte domme, der angik grænsetvistigheder og giver udtryk for samme retsopfatning uden at være præjudikater.

den foregaaende udvikling. Det er for det første urigtigt i noget tilfælde at anse en begrænsning af søgsmaalet til en enkelt af de flere interesserede som en processuel mangel, der leder til afvisning. Som en mangel ved saglegitimationen maatte den begrunde frifindelse. Men dernæst er det ogsaa urigtigt i de her omhandlede tilfælde at se nogen anvendelse af reglerne om nødvendigt procesfællesskab. Der er ingen grund til at fordre af sagsøgeren, at han særlig ved tinglige søgsmaal om fast eiendom i alle tilfælde skal gjøre alle interesserede til modparter i samme sag. Som allerede gjentagende nævnt, er disses retslige interesser beskyttede derved, at dommen ikke forbinder dem. Hvad deres faktiske interesser i dommens fuldbyrdelse angaar, saa beskyttes disse dels derved, at den ikke kan fuldbyrdes mod dem, dels derved, at de, som i følgende paragraf skal udvikles, har adgang til at intervenere i sagen. Derhos maa det i denne henseende bemærkes, at retsordenen ikke kan lægge an paa uafhængig af parterne at betrygge udenforstaaende tredjemænd. Dette fremgaar deraf, at domstolene vil savne adgang til at skaffe sig sikker kundskab om, hvem de interesserede er. De kan i saa henseende alene bygge sin afgjørelse paa, hvad der forelægges dem af parterne. Den heromhandlede regels haandhævelse vil saaledes dels afhænge af, om sagvolderen paaberaaber sig, at han ikke er den eneste interesserede, dels af, om tredjemand har faaet tilfældig kundskab om søgsmaalet og intervenerer med afvisningspaastand. Tredjemands faktiske interesse i at hindre dommen er i det hele ikke af anden art end den interesse, han kan have i en mellem sagsøger og sagvolder afsluttet kontrakt (f. ex. om en dæmnings nedrivelse), hvis opfyldelse ogsaa faktisk kan berøre ham.

Sluttelig skal i forbindelse med spørgsmaalet om et nødvendigt procesfællesskab omtales følgende forhold: Hvor en arvelader har efterladt sig flere arvinger, vil det, for at hans kreditor skal kunne faa adgang til at gjøre exekution i arveboet, være nødvendigt, at han erhverver dom over samtlige arvinger under et. Der er imidlertid ingen processuel hindring for, at han indtaler arvegjælden

hos den enkelte arving; her er da hans stilling med hensyn til adgangen til at faa dommen exekveret den samme som, naar en af arvingens særkreditorer har faaet namsdom over ham.[15]

Om det nødvendige procesfællesskab, der finder sted mellem kreditorerne i et konkursbo henvises til afsnittet om konkurs[16] (jfr. ogsaa nedenfor under IV).

IV. Med hensyn til kumulationens virkninger er hovedregelen, at processen ikke skaber nogen retslig forbindelse mellem de flere sagsøgere eller sagvoldere, og at saaledes hver sag føres og paadømmes, som om den havde været anlagt for sig og derfor for hver af dem kan faa et forskjelligt udfald.[17] Hver af parterne kan fremsætte særskilte indsigelser, gjøre særskilte indrømmelser. Partsed maa aflægges af hver part for sig. Hvad andre beviser angaar, vil dog et bevis, der engang er fremskaffet under sagen, altid af dommeren kunne tages i betragtning, da principet om fællesskab med hensyn til det foreliggende bevismateriale ogsaa gjælder i forholdet mellem procesmodparter.[18] Processuelle forsømmelser skader kun den skyldige part. Udebliver den ene part, kommer hans procesfællers benegtelse ham ikke til gode, ligesom deres anerkjendelser ikke skader ham.[19]

En forskjellig regel for procesfællernes forhold kom-

[15] Jfr. Tredje del p. 44—45.

[16] Fjerde del §§ 22 og 48.

[17] Om procesomkostningernes udredelse, naar der er flere procesfæller, se Anden del § 226 (p. 485 ff.).

[18] Jfr. forudsætningen i l. 15 juli 1839 § 15; Getz Udredninger etc. p. 128; jfr. Anden del p. 91. Udkast til r. l. bestemmer i kap. IV § 4: «Forsaavidt ikke sagens art eller særlige lovbestemmelser medfører noget modsat, er de flere under én sag optrædende sagsøgere eller sagvoldere indbyrdes uafhængige; dog bliver tilveiebragte beviser at tillægge betydning for samtlige.»

[19] Jfr. mere herom nedenfor i § 89. Forsaavidt angaar udeblivelse i høiesteret, bestemmer l. 15 juli 1839 § 15, at den omstændighed, at en af flere indstevnte parter udebliver, ikke skal nødvendiggjøre sagens overførelse til skriftlig behandling, naar parternes tarv i alle henseender beror paa de samme bevisligheder og en eller nogle af dem møder ved advokat. Jfr. herom og i det hele om udeblivelse i appelinstansen Anden del § 149.

mer til anvendelse, hvor efter retsforholdets natur samme eller overensstemmende dom maa gives for samtliges vedkommende. Dette gjælder f. ex., hvor flere konkurskreditorer har anlagt søgsmaal til fordel for boets masse (konkurslovens §§ 91 og 92), eller hvor sag angaaende et ægteskabs ugyldighed efter den ene ægtefælles død fortsættes ligeoverfor dennes børn. Det samme synes ogsaa at burde antages, hvor den rettighed, sagen angaar, er udelelig, uafhængig af, hvad man antager om det i foregaaende numer omhandlede spørgsmaal, hvorvidt det her altid er nødvendigt, at de flere, mellem hvilke det udelelige retsfællesskab bestaar, optræder som procesfæller. Optræder først de flere subjekter for den udelelige rettighed eller forpligtelse som parter under processen, vil det ikke være naturligt, at retsforholdet ligeoverfor de enkelte parter skal faa en forskjellig bedømmelse. Indtaler f. ex. *A* og *B* i fællesskab hos *C* kravet paa opfyldelse af en aftale, hvorved *C* paastaaes at have forpligtet sig til at nedrive et bygværk, kan udfaldet vel blive forskjelligt for *A* og *B* i den forstand, at kun den ene, ikke den anden anerkjendes som berettiget, men ikke i den forstand, at spørgsmaalet om, hvorvidt *C* overhovedet har indgaaet en aftale af den omhandlede art, løses forskjelligt i forhold til de forskjellige parter: *C* kan ikke i samme dom baade tilpligtes at nedrive bygværket og frifindes for denne pligt. Eller: i en sag, hvorved *A* og *B* som sameiere af et grundstykke er sagsøgte til fjernelse af en dæmning, kan vistnok den ene af dem frifindes, fordi han personlig antages at staa udenfor retsforholdet, men spørgsmaalet, om dæmningen overhovedet existerer, kan ikke i forhold til *A* faa en anden besvarelse end i forhold til *B*.

I alle de foran omhandlede tilfælde maa det antages, at de af en enkelt part foretagne processkridt (angrebs- og forsvarsmidler) uden videre kommer ogsaa hans procesfæller til gode, og at saaledes i tilfælde af den enes udeblivelse sagen i sin helhed bedømmes efter den mødendes procedyre. Paa den anden side vil den ene parts indrømmelser (renunciationer og forlig), forsaavidt de ikke blot angaar hans personlige stilling til retsforholdet, men selve

dettes grundlag og objektive indhold, være uden betydning for afgjørelsen, saalænge de ikke er tiltraadte af hans procesfæller.[20]

Procesfæller har ikke efter vor ret[21] nogen pligt til at vælge en fælles procesfuldmægtig. Men adgangen hertil staar naturligvis aaben og vil med fordel kunne benyttes. Faktisk frembyder i det hele kumulationen den nytte, at processen kan forenkles ved, at alle processuelle skridt (indlæg, bevisførsel) kan foretages i fællesskab, ligesom dommen kan afsiges under ét. Ved siden deraf medfører kumulationen besparelse af retssportler.

§ 48.

OM FLERHED AF PARTER. b) INTERVENTION.[1]

I. Vor lovgivning mangler ganske bestemmelser om tredjemands frivillige indtræden i en mellem andre parter verserende proces (intervention).[2] Ligesom imidlertid sptl. 6 aug. 1897 § 7, 2det led (jfr. den ældre sptl. 13 sept. 1830 § 1) forudsætter, at en saadan intervention kan ske, saaledes er adgangen hertil ogsaa antaget af retsbrugen.[3] Om de nærmere betingelser for intervention saavelsom om intervenientens stilling hersker der imidlertid i teorien hverken enighed eller klarhed.

[20] Jfr. Deuntzer l. c. p. 71—2; Udkast til r. l. kap. IV § 4, 2det led: «Maa efter retsforholdets art samme eller overensstemmende dom gives for fleres vedkommende, kommer de af den ene foretagne rettergangshandlinger samtlige til gode.»

[21] Jfr. derimod om den ældre tyske ret Planck l. c. p. 406—7.

[1] Ørsted: Om intervention og andre handlinger, hvorved en rettergangstrætte udvides til flere personer end dem, der oprindeligvis have taget del i samme (i Jur. tidsskrift II, 2 p. 1 ff.); Schweigaard I § 75; Lasson Haandbog i processens anden del § 107 (p. 211 ff.); Bang og Larssen § 144; Deuntzer Civilproces p. 123 ff.; Nellemann Den ord. civile procesmaade §§ 56 ff. — Om udenlandsk ret se Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten; Schmidt Lehrb. §§ 157 og 158 og den der anførte litteratur; Boitard *Leçons de procédure civile* I, nr.ne 530 ff.

[2] Af *venit inter litigantes.*

[3] Jfr. saaledes Retst. 1845 p. 550, 1870 p. 486, 1872 p. 299.

Udgangspunktet maa her vistnok være, at indblanding af en oprindelig udenforstaaende tredjemand alene kan finde sted, hvor de interesser, der knytter sig hertil, er stærke nok til at opveie den interesse, som parterne har af selv at bevare eneherredømmet over processen.

En saadan interesse for tredjemand vil i virkeligheden i flere tilfælde kunne paavises. Den er for det første tilstede overalt, hvor dommen vil være forbindende (*res judicata*) ogsaa for ham. Hovedregelen er vistnok, at dommen kun forbinder parterne, men denne regel har undtagelser.[4] Saaledes er en dom over afhænderen bindende for den, der efter sagsanlægget har faaet tingen overdraget. En dom over konkursboet er bindende for alle de enkelte kreditorer (jfr. konkursl. § 91, der hviler paa forudsætningen herom). Ligeledes vil dommen i tilfælde, hvor denne undtagelsesvis tilsigter retsbegrundelse, forbinde tredjemand (domme i expropriationssager, derunder indbefattet odelsløsningssager, binder ikke blot eieren, men ogsaa panthavere og andre tinglige rettighedshavere; dommen i en ægteskabsskilsmissesag binder ikke blot ægtefællerne, men ogsaa det offentlige og andre i forholdets bestaaen muligvis interesserede).

I andre tilfælde er dommen, om end ikke bindende for tredjemand, dog af betydning for ham derved, at den betinger et regreskrav mod ham. Paa denne maade er sælgeren interesseret i vindikationssøgsmaal mod kjøberen angaaende den solgte ting, cedenten i cessionarens søgsmaal mod en debitor, der bestrider den overdragne fordrings tilværelse. Dommen er her vistnok ikke *res judicata* for sælger eller cedent i den forstand, at kjøber eller cessionar blot paa grund af den kan gjøre regres gjældende, uden at der er adgang for den regrespligtige til at bevise dommens urigtighed. Men selve regrespligten vil overhovedet ikke indtræde, hvis dommen ikke falder ud til den regresberettigedes ugunst; og den vil altid besidde en faktisk vægt, som gjør den regrespligtiges stilling vanskeligere, naar han bagefter skal angribe den.

[4] Jfr. nærmere herom nedenfor i § 133.

I atter andre tilfælde vil en doms **fuldbyrdelse** kunne berede tredjemand endog uoprettelige tab. Dette gjælder saaledes i enkelte af de i forrige paragraf omhandlede tilfælde af uopløseligt interessefællesskab, saasom hvor sagen er rettet paa nedrivning af et bygværk, hvorover tillige en tredjemand har en tinglig ret. En dom, hvorved besiddelsesstanden ved løsøre forandres, vil lægge vanskeligheder i veien for andre tinglig berettigedes retsnydelse (man tænke f. ex. paa en sekundær panthavers stilling ligeoverfor en paastand fra eierens side om at faa tingen tilbage fra første prioritets panthaver, den juridiske besidders stilling ligeoverfor en sag mod detentor til løsørets udlevering). Naar *A* i henhold til en vexel kræver betaling af *B*, vil fuldbyrdelsen af en dom, lydende herpaa, afskjære *C*'s paastand om at være den bedre berettigede, saafremt *A* har en i formen gyldig adkomst og er i god tro (vexellovens § 39).[5] En sag, hvorved søges udvirket aflysning eller udslettelse af heftelse i fast gods, vil vistnok ikke, hvor aflysningen eller udslettelsen er i strid med en tredjemands bedre ret, bringe denne til ophør, men dog aabenbart medføre en faktisk forringelse i hans stilling.

I saadanne tilfælde, hvor tredjemand har en paaviselig retslig interesse i sagens udfald, er det naturligt, at der gives ham anledning til at varetage sit tarv. Det er vistnok saa, at retsordenen ikke absolut kan betrygge ham mod, at han ikke ved en mellem andre ført proces bliver skadelidende,[6] og at det til en vis grad vil være tilfældigt, om han faar kundskab om processen og saaledes overhovedet har faktisk adgang til at hævde sine interesser. Men heraf tør man ikke udlede, at retsordenen skulde negte tredjemand al beskyttelse, naar han faktisk har adgang til at nyde godt af en saadan. Det vil ikke kunne antages stemmende med en velordnet proceslovgivnings tanke, at tredjemand i noget tilfælde skulde være nødt til med hænderne i skjødet at se paa, at hans ret ved dom-

[5] Hvorvidt det samme gjælder ved ethvert gjældsbrev, se Hallager Obligationsrettens alm. Del ved Aubert (1887) p. 228—9.

[6] Jfr. Nellemann l. c. p. 273—4 og foran p. 241.

stolenes egen virksomhed forskjærtsedes. Forsaavidt man har henvist til, at hans interesse vilde varetages ved, at han kan hindre dommens fuldbyrdelse, bemærkes dels, at tredjemands interesser, som i det foregaaende paavist, i mange tilfælde berøres allerede ved dommen, dels, at retsmidlet forbud, hvorpaa man har ment at kunne give tredjemand anvisning[7], som i Anden del § 222 vil blive forklaret, ikke efter vor ret kan antages anvendeligt ligeoverfor den judicielle tvangsfuldbyrdelse.

Tredjemands interesse kan imidlertid ikke berettige ham til en deltagelse i den fremmede proces, der gaar ud over de ved disse interessers behov anviste grænser. De i det foregaaende fremdragne hensyn leder ikke videre end til en saadan deltagelse for tredjemand i processen, at det bliver muligt at afværge et for ham skadeligt domsudslag. De kan ikke begrunde en adgang for ham til selvstændig at bringe det retskrav, hvorpaa han støtter sig, under paakjendelse. En saadan adgang vilde under et skriftligt processystem, hvor retten har saa liden diskretionær myndighed til at gribe ind til forenkling og paaskyndelse af sagen, lettelig udsætte hovedprocessen for utilbørlig forhaling og i det hele gjøre et indgreb i parternes herredømme over denne, som ikke vil kunne antages uden lovhjemmel. I mange tilfælde vil derhos mangelen paa regler om et særeget interventionsværneting lægge et interventionssøgsmaal hindringer iveien[8].

[7] Se f. ex. Nellemann l. c. p. 271 (jfr. Ørsted l. c. p. 17).

[8] Medens Schweigaard og Nellemann (l. c.) bestrider enhver selvstændig ret for tredjemand til mod parternes vilje at intervenere i en fremmed proces, har i nyeste tid Deuntzer l. c. i tilslutning til den ældre danske teori (Bang og Larssen l. c.) hævdet, at der maa gives adgang til en intervention, hvorved tredjemand som ny selvstændig part ligeoverfor begge de oprindelige modparter gjør paastand paa at tilkjendes den omtvistede rettighed; derimod bestrider han, at de gjældende procesregler aabner adgang til nogen intervention af den i nærværende skrift forsvarede akcessoriske art. Dette standpunkt, der gaar ud paa at aabne døren for det mest vidtgaaende indgreb i parternes raadighed over deres egen proces, men helt at stænge den for det mindre vidtgaaende, synes det dog vanskeligt at begrunde. Mod uden lovhjemmel at tilstede en hovedintervention synes de

II. I, hvad der under I er udviklet, ligger, at intervenienten i det væsentlige vil være indskrænket til at afværge et for ham skadeligt domsresultat. I enkelte tilfælde leder dette til, at han vil søge at støtte sagsøgeren, saaledes f. ex. hvor denne som cessionar indtaler et af intervenienten kjøbt gjældsbrev, hvis ægthed bestrides. I de fleste tilfælde vil det imidlertid være sagvolderens frifindelse, som intervenienten har interesse af at udvirke. Hvor saaledes *A* paastaar sig at være bedre berettiget til et gjældsbrev, som *B* indtaler hos *C*, vil han som intervenient have interesse af, at *C* bliver frifunden, men til at paastaa dette maa han ogsaa indskrænke sig; han kan ikke paastaa sig selv tilkjendt fordringens beløb. Paa samme maade maa *A* i en vindikationssag mellem *B* og *C* om en løsøregjenstand indskrænke sig til at støtte *C*'s frifindelse; han kan ikke paastaa tingen udleveret til sig. I en sag, hvorunder *B* af *C* kræver nedrivelse af en

i texten anførte grunde, der ogsaa er fremholdte af Schweigaard og Nellemann, afgjørende. Og fornegtelsen af adgangen til akcessorisk intervention kommer i strid med den ogsaa af Deuntzer selv (se Appel i civile sager p. 65) anerkjendte adgang til interventionsappel. Denne kan aldrig gaa videre end til at faa forandret den afsagte dom til fordel for den ene eller anden af de oprindelige parter. Intervenienten kan ikke under appelsagen kræve sagsgjenstanden tilkjendt sig. — I mundtlige processystemer med de i en stærk procesledelse fra rettens side liggende kauteler mod forhaling vil man kunne tilstede intervention i videre udstrækning end i den skriftlige proces. De nyere proceslove (saaledes baade den tyske § 64 og østerrigske § 16) tilsteder ved siden af en akcessorisk intervention af den i texten beskrevne art en selvstændig intervention, hvorved tredjemand kan gjøre en paastand paa den ting eller rettighed, der er sagens gjenstand, gjældende i samme sag, ved søgsmaal, rettet mod begge sagens oprindelige parter. Paa dette standpunkt stod ogsaa det norske procesudkast af 1868 kap. 9 §§ 13 og 14. Det indtages ogsaa af udk. til r. l. kap. IV § 2 jfr. §§ 8 ff. — Den franske *code de procedure civil* har ingen udtrykkelig bestemmelse om betingelserne for intervention, men det antages, at den er tilstedelig overalt, hvor intervenienten har en direkte eller indirekte interesse i retstvistens udfald; ja der synes endog at være tendens til at gaa endnu videre og tilstede intervention, blot fordi tredjemand berøres af parternes procedyre (f. ex. hvor denne indeholder for ham fornærmelige udtalelser); jfr. Boitard l. c. p. 591—2. Dog kan retten afskjære intervention, hvor sagen derved vilde utilbørlig forhales.

dæmning eller et bygværk, hvorover *A* paastaar en ret, kan *C* ikke kræve anerkjendelse af sin ret, men alene opretholdelse af den faktiske *status quo* med hensyn til dæmningens eller bygværkets bestaaen.

Hvad iøvrigt angaar forholdet mellem intervenientens og den af ham støttede parts procedyre, maa der skjelnes mellem de forskjellige tilfælde:

a) I nogle tilfælde — saaledes navnlig, hvor intervenientens interesse beror paa et eventuelt regresansvar — vil denne interesse være udtømt ved, at intervenienten faar adgang til at forskaffe sagvolderen det fornødne materiale til at hævde sin retsstilling. Benytter sagvolderen ikke dette materiale, og sagen saaledes forspildes for ham ved forsømmelig procedyre, vil han have forspildt sit krav paa intervenienten; og at sagen tabes, gaar saaledes ikke ud over denne. I disse tilfælde staar derfor intervenientens procedyre i afhængighedsforhold til den af ham understøttede parts. Han vil vistnok kunne kræve at høres og maa derfor have ret til at møde i retten og afgive erklæringer (fremlægge indlæg). Men han er bunden ved hovedpartens procedyre, kan ikke gjenoprette forsømte benegtelser, indrømmelser og vedtagelser. Han kan optage beviser, men benyttelsen af disse er afhængig af, at hovedparten ikke har givet afkald paa dem. Om han bør have adgang til uafhængigt af hovedparten at appellere sagen, er tvivlsomt, men synes antaget i retsbrugen[9].

b) I andre tilfælde er intervenientens interesse ikke udtømt ved, at han har faaet leilighed til at støtte den ene af parterne. Saaledes vil i tilfælde, hvor dommen er *res judicata* for ham, eller hvor dens fuldbyrdelse kan volde ham tab, hans interesse af processens udfald være ganske uafhængig af hovedparternes, ligesom den kan være støttet paa ganske selvstændige retsforhold, der ligemeget staar i strid med de af hovedparterne paastaaede (f. ex. hvor intervenienten paastaar, at hverken sagsøger

[9] Se Anden del § 136, III og det der i note 10 anførte. Jfr. Getz Paaanke p. 111—2 og sammes Udredninger etc. p. 130. Udk. til r. l. indrømmer ikke her nogen appelret for biintervenienten.

eller sagvolder, men alene han er eiendomsberettiget til en omstridt gjenstand).

I disse tilfælde maa ogsaa intervenientens processuelle stilling være uafhængig af hovedparternes. Han er ikke bunden ved deres indrømmelser og vedtagelser og vil derfor ogsaa kunne nedlægge en paastand, der er forskjellig fra den af hovedparten nedlagte, hvis nemlig denne sidste hviler paa en delvis indrømmelse til modparten. Saaledes maa intervenienten, hvor søgsmaalet gaar ud paa nedrivelse af et bygværk, kunne paastaa sagvolderen helt frifunden, selv om dennes paastand gaar ud paa, at nedrivelsen skal finde sted mod erstatning[10]. Intervenienten maa ogsaa kunne appellere dommen, selv om ingen af hovedparterne gjør det[11].

III. Hvad tidspunktet for intervention angaar, ligger det i sagens natur, at der ikke kan blive tale om nogen saadan, før sagen er anhængiggjort ved retten; ti før dette tidspunkt har tredjemand ingen vished for, at sagen vil blive fremmet. Paa den anden side begrænses adgangen til intervention ved sagens optagelse til dom. Intervenienten kan ikke uden positiv lovhjemmel indrømmes adgang til at kræve sagen gjenoptaget, naar ikke hovedparterne samtykker deri. Derimod vil tredjemand kunne intervenere i appelinstansen; og som det vil fremgaa af det i foregaaende numer udviklede, kan tredjemand endog intervenere ved appel, selv om ikke nogen af dem, der var sagens parter ved underinstansen, appellerer.

IV. Med hensyn til de processuelle former for interventionen bemærkes: Det følger af det kontradiktoriske princip, at intervenienten maa stevne den part, hvis anførsler han vil bestride, eller mod hvem han vil gjøre angrebs- eller forsvarsmidler gjældende, hvorimod

[10] I den i Retst. 1870 p. 486 meddelte sag nedlagde intervenienten afvisningspaastand, medens sagvolderen paastod frifindelse; men da afvisningen grundedes paa manglende *legitimatio ad causam* hos sagvolderen, var afvisningsformen her urigtig; jfr. iøvrigt om dommen foregaaende paragraf (p. 240.)

[11] Se Anden del l. c. Jfr. udk. til r. l. kap. IV § 11.

stevning til den, hvis procedyre han understøtter, er unødvendig[12]. Vil han optage beviser (tingsvidner, skjøn) eller paa egen haand appellere de i sagen faldne judicielle afgjørelser, maa han stevne begge parter.

Paa sin side maa intervenienten kunne kræve at stevnes til de af hovedparterne foretagne processuelle skridt efter samme regler, som gjælder for stevning til parter.

Forligsmægling er ikke nødvendig, idet det maa fastholdes, at intervenienten ikke under vor forudsætning bringer sit eget retskrav under paakjendelse. Der finder i de heromhandlede tilfælde intet intervenientsøgsmaal sted, hvorfor heller ikke sportellovens § 7 her er anvendelig.

I henseende til intervenientens adgang til at kræve udsættelser synes der at maatte skjelnes, eftersom grundlaget for interventionen er af den i nr. II under a) eller af den under b) omhandlede art. Kun i sidste tilfælde synes intervenienten at have et selvstændigt krav paa udsættelse, medens han i første tilfælde er afhængig af den part, han understøtter.

Naar nogen af hovedparterne modsætter sig interventionen, kan derom opstaa procedyre, der efter reglerne for afvisningsspørgsmaal enten kan føres og afgjøres særskilt eller følge procedyren i hovedsagen og først faa sin afgjørelse sammen med denne[13].

V. Med hensyn til dommens virkninger for intervenienten mærkes: Ligesaalidt som han ved dommen kan faa sig tilkjendt noget, ligesaalidt kan han ved dommen paalægges nogen positiv pligt. Det eneste, som her kan volde tvivl, er spørgsmaalet om procesomkostningerne. Det rigtige synes at være, at han maa kunne tilpligtes at erstatte modparten de omkostninger, som interventionen har paaført denne.

Men om end saaledes dommen ikke kan lyde paa intervenientens navn, er den dog bindende for ham i

[12] For snevert er det saaledes, naar det læres, at en intervenient kun behøver at stevne den part, mod hvilken han nedlægger paastand (Schweigaard I p. 341; Nellemann l. c. p. 278).

[13] Jfr. Nellemann l. c. p. 278—9.

samme udstrækning som for hovedparterne. Intervenienten kan ikke senere med virkning bestride, hvad dommen har fastslaaet med hensyn til selve det retsforhold, der umiddelbart var processens gjenstand. Derimod afgjør dommen intet angaaende det retsforhold, hvorpaa intervenienten grunder sin interesse af interventionen, forsaavidt dette er forskjelligt fra, hvad der er processens gjenstand. Den regrespligtige sælger, der har interveneret i en vindikationssag mod kjøberen, kan saaledes ikke bestride rigtigheden af den dom, hvorved vindikantens eiendomsret anerkjendes; men derimod er ikke hans regrespligt med bindende virkning fastslaaet; og han kan under en følgende sag om regreskravet bestride dette ogsaa paa grundlag af, at den regressøgende har tabt vindikationssagen ved mangelfuld procedyre[14]. Den, der modsætter sig en dom til nedrivelse af en dæmning, fordi han paastaar en af hovedparterne uafhængig ret over denne, vil, selv om dommen gaar ham imod, ikke derved med retskraftig virkning for en anden sag have faaet afgjørelse for, at der ingen saadan ret som paastaaet tilkommer ham.

VI. De i det foregaaende optrukne grænser for interventionen vil kunne udvides ved parternes samtykke. Navnlig vil herved intervenienten kunne aabnes adgang til et virkeligt interventionssøgsmaal, hvorunder han selvstændig forfølger og fordrer paakjendelse af sit eget retskrav. Retten paaser her *ex officio* alene, at reglerne for dens saglige virkekreds samt for den subjektive kumulation (reskr. 3 januar 1755) overholdes. I sidstnævnte henseende bemærkes, at den efter dette lovsted fornødne konnexitet utvivlsomt er tilstede, naar intervenienten gjør paastand paa den ting eller rettighed, som hovedsøgsmaalet angaar.

Nogen tvivl fremkaldes ved spørgsmaalet, om altid begge parters samtykke udkræves til et intervenientsøgsmaal, eller om i noget tilfælde den ene parts samtykke er tilstrækkeligt. Herom synes at burde læres følgende:

[14] Dog forstaar det sig, at paaberaabelsen heraf ikke vil nytte ham, forsaavidt han under interventionen havde adgang til at afhjælpe manglerne.

Naar intervenientsøgsmaalet kun er rettet mod den ene af parterne, vil dennes samtykke være tilstrækkeligt, forsaavidt denne har en retslig interesse af, at begge sager afgjøres under ét, og hovedsagen ikke ved intervenientsøgsmaalet vil lide et ganske uforholdsmæssigt ophold. En saadan retslig interesse af begge sagers forening vil f. ex. være tilstede, hvor baade hovedsagsøgeren og intervenienten gjør paastand paa en og samme i sagvolderens besiddelse værende ting, da det aabenbart vil være forbundet med ulemper for sagvolderen at skulle modtage tvende søgsmaal i anledning af samme sag. Noget vanskeligere er det at begrunde adgangen til intervenientsøgsmaal, naar dette er rettet mod begge parter og kun den ene samtykker. Naar saaledes *B* indtaler et gjældsbrev hos *C* og *A* intervenerer med paastand paa betaling som gjældsbrevets rette eier, indeholder *A*'s gjældssøgsmaal mod *C* tillige et vindikationssøgsmaal mod *B*, som denne synes at maatte kunne kræve særskilt behandlet. Dette maa ialfald gjælde, hvor den ret, ved hvilken sagen behandles, ikke er hans værneting[15]. I saadanne tilfælde vil iøvrigt sagen hyppig staa saaledes, at den sagsøgte skyldner ikke bestrider sin forpligtelse, men alene kræver legitimation for, til hvem af de to prætendenter han skal betale. Isaafald vilde det være billigt og naturligt, at han ved at deponere beløbet kunde træde ud af sagen, som derefter blev at fortsætte mellem de to sagsøgere. En saadan regel gjælder efter skattelovene af 20 juli 1895 nr. 1 § 61 og nr. 2 § 51 for det tilfælde, at nogen er ilignet skat til flere kommuner af samme formue eller indtægt, men har udenfor dette omraade ingen hjemmel[16].

[15] Jfr. med det foregaaende Nellemann l. c. p. 275—6, hvis udtalelser ikke er ganske bestemte, og Schweigaard I p. 341, der vistnok gaar for vidt, naar han med bred pen lærer, at «de tvende søgsmaal kan sammenfattes til et, naar en af de oprindelige parter tilligemed den sildigere citant attraar dette og den første sag ikke derved utilbørlig opholdes».

[16] Se derimod udk. til r. l. kap. IV § 16: «Er der uenighed om, ligeoverfor hvem af flere en forpligtelse haves, kan den forpligtede, naar han sagsøges af den ene af dem, som paastaar sig berettigede, opfordre den eller de andre til at tiltræde sagen. Efterkommes opfordringen,

For intervenientsøgsmaalets forhold til hovedsøgsmaalet gjælder de for søgsmaalskumulation i almindelighed gjældende regler[17].

VII. Den art af intervention, hvorved intervenienten gjør et selvstændigt søgsmaal *(actio)* gjældende, benævnes i systemerne hovedintervention, medens man der, hvor intervenienten er indskrænket til enten at støtte et fremmed søgsmaal eller bidrage til at afværge et saadant, taler om biintervention eller akcessorisk intervention[18]. Den uklarhed, der tildels har hersket i vor teori, beror for en væsentlig del paa, at man ikke skarpt har opfattet de i nr. II under litr. b) omhandlede tilfælde som biintervention og derfor opstillet en større modsætning mellem disse og de i samme numer under litr. a) omhandlede tilfælde, end i sagens natur begrundet. Det rigtige synspunkt vindes ved at fastholde begrebet søgsmaal *(actio)* som afgjørende: I ingen af de i nr. II omhandlede tilfælde af intervention gjør — som p. 248 nærmere paavist — intervenienten nogen selvstændig *actio* gjældende.

§ 49.

OM FLERHED AF PARTER. c) UDVIDELSE AF SAGEN TIL NYE PARTER (ADCITATION)[1].

Ved intervention indtræder en tredjemand frivillig i sagen. Forskjelligt herfra er det tilfælde, at sagen udvides til andre end de oprindelige parter derved, at nogen af

kan den sagsøgte, naar han retslig deponerer det største beløb, hvorom der handles, tilligemed mulige, allerede paadragne procesomkostninger, af retten tilstedes at udtræde af sagen».

[17] Jfr. i det hele navnlig § 46.

[18] Ved siden heraf opstilledes i ældre systemer ogsaa begrebet blandet intervention, hvorved man forstod de tilfælde, hvor intervenienten gjorde paastand paa en andel i den omtvistede gjenstand; men da intervenienten ogsaa isaafald gjør en selvstændig *actio* gjældende, foreligger her i virkeligheden hovedintervention. Jfr. ogsaa Nellemann l. c. p. 267.

[1] Se den ved forrige paragraf citerede afhandling af Ørsted p. 34—50; Schweigaard I p. 343; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 60 ff.; Deuntzer Civilproces p. 119—121.

disse indstevner en tredjemand og derved gjør ham til part (adcitation).

En saadan adcitation medfører en subjektiv søgsmaals-kumulation og følger først og fremst de derom i § 46—47 udviklede regler, hvoraf fremgaar, at retten paa embeds vegne maa afvise sagen, naar det ved adcitationen indledede søgsmaal ikke er konnext med det oprindelige. Men ved siden heraf maa der for adcitationens tilstedelighed opstilles visse særlige betingelser, idet parterne ikke kan være forpligtede til at finde sig i, at søgsmaalet udvides til ethvert med dets oprindelige gjenstand konnext retskrav paa andre personer.

Sagsøgeren maa saaledes kunne modsætte sig enhver adcitation fra sagvolderens side. En saadan vil regelmæssig heller ikke være fornøden for sagvolderens forsvar. Den vil overhovedet alene da kunne tænkes at have nogen sammenhæng med hovedsøgsmaalet, naar den adciterede tredjemand paastaaes at være rette vedkommende med hensyn til dette eller at være regrespligtig. I sidste tilfælde berører den ikke sagvolderens ansvar ligeoverfor sagsøgeren, og kan derfor ikke mod dennes vilje inddrages i sagen. I første tilfælde vil det derimod vistnok kunne være af interesse for sagvolderen at opnaa betryggelse mod, at han ikke under to forskjellige søgsmaal fra de paastaaede rettighedshavere bliver dømt til at betale til begge. Her vilde det derfor være af interesse for ham at kunne opfordre den tredjemand, der paastaar at være rette vedkommende, til at indtræde i processen og udkjæmpe striden med den oprindelige sagvolder. Men udenfor det i skattelovene af 20 juli 1895 omhandlede tilfælde kjender vor gjældende ret ingen adgang hertil[2].

Derimod vil sagsøgeren betingelsesvis kunne inddrage nye sagvoldere ved adcitation uden hensyn til, om den oprindelige sagvolder samtykker deri. Dette vil kunne ske efter samme hensyn som de, der bestemmer adgangen til at udvide sagen til nye retskrav mellem samme parter[3]; og betingelsen vil da navnlig foruden konnexitet

[2] Se foregaaende paragraf (p. 253) med note 16.

[3] Se nedenfor § 61.

være, at sagsøgeren har havt en gyldig grund til ikke fra først af at rette søgsmaalet mod den, der senere inddrages i det, enten fordi kravet mod denne dengang ikke bestod, eller fordi sagsøgeren uden egen skyld var uvidende derom, da sagen anlagdes[4].

Den adciterede tredjemand kan naturligvis altid modsætte sig at inddrages, naar den ret, for hvilken sagen staar, ikke er hans værneting.

§ 50.

MEDDELELSER OM SAGEN TIL EN UDENFORSTAAENDE TREDJEMAND[1].

I. Forskjellig fra adcitation er det, at nogen af parterne i en proces giver en udenforstaaende tredjemand meddelelse om processen (*litis denunciatio*).

Til et saadant skridt vil en part i mange tilfælde have opfordring, saaledes hvor nogen sagsøges paa en andens vegne eller overhovedet i en sag, hvori ogsaa andre er interesserede, og sagvolderen frygter tab eller ansvar i sit forhold til disse, hvis sagen gaar ham imod (saaledes f. ex. i forholdet mellem detentor, der sagsøges med en *rei vindicatio*, og den juridiske besidder), eller hvor nogen af parterne i saadant tilfælde har ansvar at gjøre gjældende mod andre (sagsøgeren vil f. ex. søge regres hos sælgeren af det gjældsbrev, han under sagen indtaler, og hvis ægthed bestrides, eller sagvolderen vil gjøre hjemmelsansvar gjældende mod sælgeren af den ting, der under sagen søges fravindiceret ham). Heri ligger da ogsaa, at parten i saadanne tilfælde vil have krav paa udsættelse i det øiemed at kunne give tredjemand den fornødne adgang til at varetage sit tarv.

[4] Jfr. Nellemann l. c. p. 287. For vidt gaar Schweigaard, naar han I p. 343 med bred pen lærer, at sagsøgeren kan inddrage flere sagvoldere, saafremt de fra først af kunde have været sagsøgte under et med den først indstevnte.

[1] Ørsted i Jur. tidsskr. II, 2 p. 36—43; Schweigaard I p. 343: Nellemann Ord. civ. procesmaade § 59; Deuntzer Civilproces p. 126.

Undladelse af at give en saadan underretning vil dog i intet tilfælde medføre processuelle, men alene civilretslige virkninger for forholdet mellem parten og vedkommende tredjemand (ansvar for tab, som maatte opstaa for tredjemand ved, at denne ikke har faaet anledning til at gjøre gjældende forsvarsmidler, hvoraf han maatte være i besiddelse, eller tab af regresret, hvis tredjemand kan sandsynliggjøre, at det bevismateriale, hvoraf han er i besiddelse, vilde have kunnet give sagen et andet udfald).

Tredjemand vil ved meddelelsen faa anledning til at slutte sig til sagen som akcessorisk intervenient.

Ligesaalidt som *litis denunciatio* medfører processuelle virkninger, ligesaalidt er der for den foreskrevet særegne processuelle former. Den kan ske ved en underhaandsmeddelelse; men den kan ogsaa ske i de samme former, som er anordnede for stevnings forkyndelse. I retsbrugen benyttes i sidste tilfælde udtrykket «stevning for processens skyld» som betegnelse for en stevning til en tredjemand, som man ikke derved agter at gjøre til part i processen, men kun at underrette om denne[2].

[2] Jfr. høiesteretsloven 12 septbr. 1818 § 24; Schweigaard I p. 200—1. Om adgang til appel for den tredjemand, der er stevnet for processens skyld, se Anden del p. 15. — Jfr. iøvrigt Ugebl. f. lovk. IX p. 230 (hvor forholdet er uklart opfattet, idet man synes at have været inde paa den urigtige tanke, at en, der kun er stevnet for processens skyld, f. ex. ved begjæring om udsættelse skulde kunne øve direkte indflydelse paa processens gang); Retst. 1887 p. 365; 1891 p. 393. — En underretning om processen til en udenforstaaende tredjemand er nu af lovgivningen ikke foreskrevet i noget tilfælde; l. 3 aug. 1824 § 14 er bortfaldt ved mil. strpl. § 253 og paabudet i N. L. 1—2—3 ved l. 4 juni 1892 § 41, 2det led. Forskjellig fra en underretning om processen er varsel til tredjemand om enkelte rettergangsskridt, f. ex. vidneførsel (jfr. N. L. 1—13—13; l. 4 juni 1892 § 41, 3dje led). — Udk. til r. l. indeholder i kap. IV § 12 følgende bestemmelse: «Part, som i tilfælde af en sags tab formener sig at kunne gjøre ansvar gjældende mod en tredjemand eller at være udsat for, at ansvar fra dennes side gjøres gjældende mod ham, kan opfordre denne til at optræde i sagen som biintervenient ved tilstillelse af et skrift, hvori tillige retssagens gjenstand og stilling kort angives. Den, som uden antagelig grund undlader at efterkomme opfordringen, kan ikke i et senere regressøgsmaal gjøre gjældende, at den sag, hvortil han saaledes er kaldet, er urigtig afgjort. Hvorvidt undladelse af saadan meddelelse, som oven omhandlet, bevirker tab af retten til at gjøre ansvar

II. I enkelte af de tilfælde, hvor *litis denunciatio* finder anvendelse, er forholdet det, at vedkommende part sagsøges i anledning af et ansvar, som i virkeligheden paahviler en anden. Dette er navnlig tilfældet, hvor vindikationssøgsmaal reises mod den, der besidder en gjenstand paa en andens vegne. Forsaavidt sagvolderen her ikke kan forlange frifindelse paa grund af manglende *legitimatio ad causam*, kunde der tale adskilligt for, at der aabnedes sagvolderen adgang til at fri sig ved at stille sin hjemmelsmand i sit sted. En saadan ordning (*laudatio sive nominatio auctoris*) kjendes i flere fremmede proceslove[3]. Hos os haves ingen særlige processuelle regler herom. Den eneste anvendelse, hvor der er anordnet en slags *nominatio auctoris* med særlig processuel virkning, er i lappeloven af 2 juni 1883 § 15.

Forøvrigt berører det her behandlede spørgsmaal det, der skal udgjøre emnet for de følgende paragrafer: adgangen til en sukcession i partsforholdet.

§ 51.

SUKCESSION I PARTSFORHOLDET. a) UNIVERSALSUKCESSION[1].

Den foran i § 5 paapegede omstændighed, at processen ikke blot udgjør en række enkelte handlinger, men

gjældende mod tredjemand, afhænger af, hvorvidt dette i de enkelte tilfælde maatte være bestemt. Den, som paa saadan maade er opfordret til at optræde, kan lade opfordringen gaa videre til andre, der i forhold til ham staar i samme stilling.»

[3] Om den romerske ret se C. 2 C. 3. 19. — Udk. til r. l. kap. IV §§ 13—15 ordner institutet paa følgende maade: Part, som paastaar alene paa en andens vegne at besidde den ting eller udøve den tinglige ret, som søgsmaalet angaar, kan opfordre den, paa hvis vegne han besidder, til at overtage sagen i hans sted. Efterkommes ikke opfordringen, kan regelmæssig intet ansvar gjøres gjældende mod den opfordrende part i anledning af sagens udfald. Modparten kan ikke med virkning modsætte sig, at den opfordrede overtager sagen, naar enten denne bevises at være rette vedkommende eller sagen angaar fast eiendom eller der stilles sikkerhed for, at den omtvistede gjenstand forbliver tilstede. Gjøres der mod besidderen gjældende krav, som er uafhængige af besiddelsen, kan sagen forsaavidt fortsættes mod den oprindelige sagvolder.

[1] Nellemann Ord. civ. procesmaade § 63; Deuntzer Civilproces § 15. Jfr. J. Kohler Prozess als Rechtsverhältniss p. 83 ff. og samme:

begrunder et retsforhold, for hvilket parterne og retten er subjekter, begrunder muligheden af en sand sukcession i dette forhold.[2] Om en saadan kan der dog efter sagens natur kun blive tale paa parternes side. Her kan saavel en singular- som en universalsukcession finde sted.

Universalsukcession omfatter altid kun formueretslige forhold; og kun for disses vedkommende kan der saaledes være tale om indtræden af arvingerne i partsforholdet under processen. Dør nogen af parterne under en proces, der angaar personlige forhold (f. ex. et statusforhold, et ægteskabs opløsning, en personlig embedsrettighed), bliver sagen *ex officio* at hæve; og afsiges der dom i sagen paa grund af rettens ubekjendtskab med dødsfaldet, bliver denne dom uden al virkning, undtagen maaske forsaavidt procesomkostningerne angaar.[3]

Hvorvidt sukcession finder sted i alle formueretslige forhold, undersøges i formueretten.[4] Hvor et saadant forhold er unddraget derfra, gjælder det samme som om personlige forhold.

Hvor universalsukcession finder sted, er arvingerne saavel berettigede som forpligtede til at overtage processen.

De har som sagsøgere at fortsætte sagen i den tilstand, hvori den var bragt ved arveladerens procedyre (jfr. N. L. 1—22—39). Ny stevning til sagvolderen er ligesaalidt som ny forligsmægling nødvendig.

Er det paa sagvolderens side universalsukcessionen finder sted, vil en paa den afdødes navn lydende stevning

Ueber die Succession in das Prozessverhältniss i Zeitschrift für Deutschen Civilprozess XII p. 97 ff. (ogsaa i Gesammelte Beiträge zum Civilprozess p. 293 ff.).

[2] O. Bülow i Zeitschr. f. deutschen Civilprozess XXVII p. 223, note 11.

[3] Afvigende mening forfegtes af Nellemann p. 289. Se derimod Deuntzer l. c. — At i visse tilfælde arvingen kan have en selvstændig, af arveladeren uafhængig ret til at se dom for det omstridte forhold (f. ex. hvor arvingen er søn af den part, der under sagen har paastaaet anerkjendelse som den anden parts ægtefælle), er noget andet. Jfr. om æresrettigheder strpl. § 94, der ikke er forenelig med den forudsætning, at arvingerne som saadanne kan indtræde i sagen.

[4] Jfr. Hallager Obligationsrettens alm. del (udg. af L. Aubert) § 34. Se om sagsanlæggets betydning i visse tilfælde sammesteds p. 209, note 1 og nedenfor i disse forelæsninger § 62.

uden at undergaa ændring kunne forkyndes for arvingerne;[5] og er processen allerede i gang, skulde den, strengt taget, kunne fortsættes, uden at nogen ny stevning til arvingerne tiltrængtes. Til nærmere belysning af denne sidste sætnings rækkevidde bemærkes:

a) Har den afdøde under sagen været repræsenteret ved procesfuldmægtig, maa det, som i § 54 vil blive forklaret, antages, at procesfuldmagten ikke ophører ved dødsfaldet, men først ved, at arvingerne tilbagekalder den, hvilken tilbagekaldelse, for at faa virkning ligeoverfor modparten, maa meddeles denne. Det er da en selvfølge, at sagsøgeren, saalænge han ingen saadan meddelelse har faaet, kan fortsætte processen med den mødende procesfuldmægtig. Det bliver dennes sag at skaffe arvingerne den fornødne underretning og i det hele at indhente forholdsordre fra disse.

b) Har den afdøde ikke været repræsenteret ved procesfuldmægtig, kan atter forskjellige muligheder foreligge: Møder arvingerne, fortsættes selvfølgelig processen uden videre. Udebliver de, kunde der synes at være nogen grund til at paalægge sagsøgeren som betingelse for sagens videre fremme at varsle arvingerne, saa at der ikke skulde afsiges dom over nogen, der faktisk havde været ude af stand til at varetage sit tarv. Det er imidlertid tvivlsomt, om retsbrugen uden udtrykkelig lovforskrift vil anerkjende nogen saadan pligt for sagsøgeren, der efter den strenge ret har gjort sit ved at varsle den, i hvis sted arvingerne i enhver henseende er indtraadte.[6]

Det følger af det foregaaende, at en dom, lydende paa afdødes navn, uden videre er virksom ogsaa ligeoverfor arvingerne, selv om dødsfaldet er indtraadt før dommens afsigelse.

[5] Jfr. Retst. 1891 p. 789.

[6] Jfr. udk. til r. l. kap X § 1: «Dør en part, der ikke har overdraget udførelsen af sagen til procesfuldmægtig, stilles sagen i bero, indtil den gjenoptages af arvingerne eller dødsboets bestyrelse ved til retten indgiven anmeldelse, der af denne meddeles modparten. Den anden part kan hos retten begjære, at sagen ved en arvingerne eller dødsboets bestyrelse tilstillet stevning atter bringes i gjænge.

Hvad foran er udviklet om arvingerne, gjælder selvfølgelig ogsaa skifteretten, hvor denne sidder inde med et dødsbo, som ikke er overtaget af arvingerne.

Ved konkurs foregaar ingen universalsukcession. Hvorvidt konkursboet indtræder i konkursskyldnerens processer, belyses bedst i afsnittet om konkurs [7]

Ved ægteskab begrundes for manden en ret til at træde ind i enhver af eller mod hustruen ført proces, der angaar nogen rettighed, som gaar ind i fællesboet, eller nogen forpligtelse, der skal overtages af dette. [8] Paa den anden side maa det i henhold til det foran p. 227 udviklede ansees nødvendigt, at sagsøgeren, hvis han vil, at dommen skal kunne fuldbyrdes i fællesboet, gjør ogsaa manden til part. Men den rettergang, der er foregaaet før ægteskabet, bliver uden videre bindende for manden. Dette gjælder ogsaa den før ægteskabet afsagte dom, der baade har retskraft for og kan exekveres i fællesboet. [9]

Ved mandens indtræden i den af eller mod hustruen førte proces udtræder imidlertid ikke *ipso jure* hustruen af den. Det er derfor ikke rigtigt i disse tilfælde at tale om nogen sukcession.

At en mandlig part indtræder i ægteskab, begrunder, selv om sagen angaar en til fællesboet hørende rettighed, ikke nødvendigheden af at gjøre hustruen til part. [10]

§ 52.

SUKCESSION I PARTSFORHOLDET. b) SINGULARSUKCESSION. OVERDRAGELSE AF DEN OMTVISTEDE GJENSTAND. [1]

En singularsukcession i partsforholdet kan ikke indtræde ved ensidig forføining af vedkommende part selv. Denne kan ikke uden modpartens samtykke sætte en an-

[7] Jfr. Fjerde del § 31.
[8] Jfr. Nellemann l. c. p. 290.
[9] Jfr. Nellemann Exekution p. 86–7.
[10] Jfr. Deuntzer l. c.
[1] Se foruden den ved forrige paragraf citerede litteratur Schweigaard I § 75 i slutn.; Getz Udredninger etc. p. 135–6.

den i sit sted. Vistnok findes der i lovbogen et kapitel, der delvis synes at bygge paa andre forudsætninger, nemlig N. L. 1—11, der er overskrevet «om hjemmel». Men de heri indeholdte lidet klare bestemmelser, hvis foranledning er at søge i særegne historiske forhold i det 16de aarhundrede,[2] er, om de overhovedet nogensinde har fundet anvendelse i norsk retsbrug, ialfald nu at betragte som forældede.[3]

Forskjellig fra, men hyppig forvexlet med en sukcession i partsforholdet er en sukcession i den omprocederede rettighed. Der er i vor ret intet til hinder for, at en gjenstand eller rettighed, om hvilken der føres en proces, afhændes.[4] Den eneste begrænsning, vor lovgivning i denne henseende indeholder, er forbudet i frdn. 4 marts 1690 § 3 mod afhændelse af *res litigiosæ* til sagførere. Men den formueretslige sukcession, der bevirkes ved overdragelse af den omprocederede rettighed, medfører ikke uden videre en processuel sukcession.[5] Til nærmere belysning heraf vil det være nødvendigt at paavise, hvilken indflydelse en saadan afhændelse har paa processen.

Afhænder sagsøgeren den rettighed, han under processen indtaler (f. ex. det gjældsbrev, hvis betaling han paastaar), kan han ikke ensidig udtræde af processen, ligesaalidt som han ensidig kan begjære den anlagte sag hævet. Hvis han udebliver, vil de sædvanlige virkninger af sagsøgerens udeblivelse indtræde: sagvolderen kan kræve dom i sagen paa grundlag af det ved dette tidspunkt fore-

[2] Bestemmelsens kilder er danske lovbud fra det 16de aarhundrede, der tilstræbte at forebygge det misbrug, at adelige jordegodseiere, ved selv at overtage de mod deres bønder anlagte sager, drog disse fra det ordinære til et priviligeret værneting.

[3] Jfr. Schweigaard I p. 345, hvor det udtales, at «ligesom dette kapitel (N. L. 1—11) ikke i mands minde vides at være paaberaabt i rettergang, saaledes antages det ogsaa at være forgjæves deraf at ville udlede nogen for vor nugjældende ret brugbar sætning.» Se forøvrigt om kapitlet Retst. 1855 p. 564 ff., Nellemann l. c. § 64 og det der citerede.

[4] Jfr. Schweigaard I § 74.

[5] Afvigende mening hos Schweigaard I p. 344 jfr. ogsaa Hallager Obl.rettens alm. del § 32; Nellemann l. c. p. 290.

liggende procesmateriale. At erhververen møder og er villig til at føre sagen videre, har i denne henseende ingen betydning, med mindre han har fuldmagt til at procedere paa afhænderens vegne, i hvilket tilfælde imidlertid denne jo som repræsenteret i sagen selv samtykker i at vedblive som part.[6]

Sagsøgerens procedyre binder ogsaa efter afhændelsen erhververen, ligesom den i sagen faldne dom er virksom saavel for som imod ham. Han kan ikke frigjøre sig fra disse virkninger ved at reise en ny sag. Derimod kan han efter de i § 48 udviklede grundsætninger intervenere i sagen.

Fra den regel, at procedyren og dommen er bindende for sukcessor, selv om han skrider til ny sag, gjælder dog visse undtagelser, begrundede i almindelige civilretslige regler. Ved gjældsbreve følger det af frdn. 9 febr. 1798, at indsigelser, der ikke kan sees af dokumentet, ikke kan gjøres gjældende mod godtroende tredjemand. Dette leder til, at vedtagelser og indrømmelser under en tidligere sag ligesaalidt som dommen kan paaberaabes under en af en godtroende erhverver anlagt ny sag, medmindre denne har været vidende derom eller der er gjort fornøden paategning paa dokumentet.[7] Enhver heftelse paa fast gods, der skal kunne paaberaabes med godtroende tredjemand, maa være tinglyst. Dette finder ogsaa anvendelse paa de ved processuelle indrømmelser og vedtagelser saavelsom

[6] I de praktisk hyppigste tilfælde, hvor der benyttes sagfører, vil forholdet stille sig paa følgende maade: Enten underretter sagsøgeren sagvolderen om, at sagføreren ikke længer repræsenterer ham, men den nye erhverver; og isaafald kan sagvolderen fra dette øieblik paastaa, at sagsøgeren skal betragtes som udeblivende. Fortsætter sagvolderen efter saadan underretning processen uden nogen indsigelse, maa han derimod betragtes som samtykkende i den processuelle sukcession. Eller: sagføreren fører processen videre, uden at sagvolderen underrettes om nogen forandring i hins fuldmagt; og da er det klart, at processen fortsættes som den oprindelige sagsøgers. Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 1845—6.

[7] Jfr. Hallager Obligationsrettens alm. del § 206; J. Lassen Haandbog i obligationsretten p. 423. At den blotte paategning paa gjældsbrevet om, at det har været fremlagt i retten, ikke er nok til at udelukke tredjemands gode tro, se Aubert i udg. af 1887 af Hallagers Obl.rettens alm. del p. 206; Lassen l. c. p. 448.

ved en retskraftig dom frembragte beheftelser. Endelig vil sukcessor heller ikke berøres af forgjængerens procedyre, hvor hans erhverv støtter sig paa en retsgrund, ældre end forgjængerens proces (f. ex. en resolutiv betingelse, der er indtraadt).

Fortsætter sukcessor (med sagvolderens samtykke) den af sukcedenten anlagte sag, vil eventualmaximen i ethvert tilfælde hindre ham fra at fremdrage momenter, der er bortprocederede af forgjængeren.

Men om end saaledes sagvolderens processuelle stilling ikke i nogen henseende berøres af den under sagen skede overdragelse, vil denne dog kunne øve indflydelse paa hans materielle stilling. Idet nemlig — civilretslig seet — sukcessor er indtraadt i rettigheden, vil sagvolderen derpaa kunne bygge nye indsigelser mod kravet (f. ex. kompensationsindsigelse, grundet paa en modfordring paa sukcessor).[8]

For sagvolderens vedkommende vil tilsvarende spørgsmaal kun opstaa ved tinglige søgsmaal; og de samme synspunkter maa her komme til anvendelse. At sagvolderen ikke ved at afhænde den omprocederede gjenstand kan stanse processen mod sig, og at heller ikke erhververen uden sagsøgerens samtykke kan indtræde i hans sted, er klart. Men tvivlsomt er det, hvilken virkning afhændelsen skal tillægges paa sagens udfald og den afsagte doms virkninger. Gaar paastanden ud paa tingens udlevering, synes sagvolderen, naar han har ophørt at besidde den, at maatte kunne paastaa sig frifunden herfor.[9] Noget andet er det, at afhændelsen kan forpligte ham til erstatning, hvilken sagsøgeren bliver berettiget til at paastaa istedetfor tingen. Hvorvidt en saadan erstatningspligt er

[8] Jfr. herom Kohler i den citerede afhandling i Z. f. D. Civilprozess XII p 115—19.

[9] Jfr. Hambro l. c. nr. 1844. — Derimod kan afhændelse under sagen ikke antages at have nogen indflydelse paa en expropriationssag, uden hensyn til, om erhververen er inddraget under sagen (jfr. om odelssøgsmaal Retst. 1855 p. 561 ff.). — Se endvidere Retst. 1897 p. 420 ff., hvor det antoges, at en huseier, der af det offentlige var sagsøgt til at foretage visse forandringer med huset, ikke kunde paastaa sig frifunden, fordi han under sagen havde afhændet huset.

tilstede, afgjøres imidlertid efter civilretslige grundsætninger. Den blotte omstændighed, at tingen er omprocederet, begrunder efter vor gjældende ret ikke en saadan pligt.

Kommer dommen til at lyde paa tingens udlevering, kan denne ikke exekveres mod sukcessor, med mindre han har sluttet sig til sagen som part.[10] Derimod maa man vistnok antage, at afhænderens procedyre saavelsom den dom, der fastslaar sagsøgerens ret, med de paa foregaaende side angivne begrænsninger er bindende for ham uden hensyn til, om han har optraadt under sagen.[11]

[10] Jfr. herom Anden del § 189.

[11] Dette synes ogsaa antaget i engelsk ret, hvor man ligesom hos os savner lovbestemmelser; jfr. Kohler l. c. p. 98—9, navnlig note 2, hvor følgende udtalelse af den engelske dommer Lord Cranworth anføres: «Det er et nødvendigt krav, at rettens afgjørelser i en proces skal være bindende, ikke blot for de tvistende parter, men ogsaa for dem, som udleder sin adkomst fra dem paa grund af afhændelser, gjorte under processen, hvad enten erhververne havde kundskab om denne eller ei. Hvis det ikke var saa, kunde der ingen sikkerhed være for, at processerne nogensinde vilde tage slut.» — Den romerske ret søgte, som bekjendt, at komme over de vanskeligheder, som her opstaar, ved forbud mod at afhænde den omprocederede gjenstand, se Baron Pandecten § 95, note 42 og de der citerede kildesteder. Men denne bestemmelse skyder over maalet og har ikke fundet optagelse i nyere proceslove. Regelen er saaledes ukjendt i fransk ret (se Kohler l. c p. 99, note 5 i. f. og det der citerede), ligesom heller ikke de tyske og østerrigske civilproceslove har et saadant forbud. Begge disse loves regler om overdragelse af den omtvistede gjenstand stemmer i det væsentlige med de i texten fremstillede (jfr. tysk § 266 og østerr. § 234). Derimod gaar udk. til r. l. kap. VIII §§ 7 og 8 videre i at tilstede en sukcession i partsforholdet uden modpartens samtykke. Efter dette udkast er nemlig ved overdragelse af procesgjenstanden erhververen baade berettiget og, forsaavidt ikke de særlige regler om godtroende erhverv (gjældsbreve o. lign., fast eiendom) kommer til anvendelse, ogsaa forpligtet til at indtræde og overtage sagen i den stilling, hvori den befinder sig. Overtages den ikke, kan sagen fortsættes af og mod overdrageren med bindende virkning for erhververen. Hvor erhververen ikke erkjender sig bunden ved søgsmaalet eller dommen, er sagvolderen ligeoverfor modparten erstatningspligtig for alt derved voldt tab; og dette erstatningskrav skal modparten kunne gjøre gjældende, uden at han først behøver at forfølge sin mulige ret mod erhververen.

§ 53.

OM PARTERNES STEDFORTRÆDERE, SÆRLIG OM SAGFØRERE.[1]

I. Parterne har efter vor gjældende procesret regelmæssig ingen pligt til personligt møde i retten. Kun i visse tilfælde (saaledes navnlig private politisager) kan retten fremtvinge saadant møde. Men selv i disse sager er det ikke udelukket, at de kan lade sig bistaa under processen af stedfortrædere.

De, der under processen optræder som stedfortrædere for parterne, kan gjøre dette enten i kraft af en bemyndigelse til at repræsentere dem med hensyn til det retsforhold, der er processens gjenstand, eller i kraft af en særlig for processen given bemyndigelse. I hvilke tilfælde et repræsentationsforhold af den førstnævnte art foreligger, bliver at afgjøre efter civilretslige grundsætninger.

II. Som bemærket foran p. 52 bestaar der i enkelte lande (som Frankrige og Tyskland) saakaldet sagførertvang, det er, parterne har ikke adgang til selv at føre sin sag, men maa i regelen hertil antage bistand af særlig til denne art virksomhed beskikkede mænd (sagførere). Nogen saadan forskrift har aldrig bestaaet hos os. Meget mere bestemmer N. L 1—9—14, at «ingen skal være forpligtet til at bruge prokuratorer, som selv ved sin værge, frænde eller tjener sin trætte vil udføre».[2]

Paa den anden side opstiller lovbogen sagførermonopol eller den regel, at parterne, naar de vil betjene sig af en stedfortræder for processen, maa benytte sagførere (N. L. 1—9—14), en regel, som lovbogen dog ikke gjennemførte for landet (N. L. 1—9—15), men som ved frdn. 19 aug. 1735 § 14 blev gjort almindelig.

Til belysning af regelens rækkevidde bemærkes:

[1] Schweigaard I, 6te afsnit; Nellemann Alm. del §§ 52—60; Hambro Byretsdomme nr.ne 1847—1859.

[2] Den ugildhed til at stande i rette, som efter lovbogen i visse tilfælde indtraadte som straf (jfr. N. L. 1—22—13 og 14), er bortfaldt. Den indskrænkning, som N. L. 1—9—6 opstillede for kvinders adgang til selv at føre sin sag i høiesteret, maa antages bortfaldt ved høiesteretslov 12 septbr. 1818 § 8, 1ste p.

1) Sagførernes eneret omfatter det «at gaa i rette for andre» (jfr. overskriften over N. L. 1—9) eller, som 1—9—8 udtrykker det, «forfølge andre folks trætter». Disse udtryk er ikke i alle retninger saa klare, som ønskeligt kunde være; men man turde komme lovbogens mening nærmest, ligesom man bedst rammer sagens natur ved at opstille den sætning, at monopolet a) paa den ene side alene omfatter erkjendelsesstadiet i de egentlige domssager (det er sager, hvis hovedformaal er retsforfølgning til doms), men b) paa den anden side enhver virksomhed, der staar i direkte forbindelse med de herunder forekommende rettergangsskridt. Heri ligger:

Ad a) Sagførernes eneret omfatter ikke fuldbyrdelsesstadiet (exekution og auktion) ligesaalidt som de foreløbige retsmidler (arrest, forbud), hvorved fuldbyrdelsen foregribes.[3]

Heller ikke gaar ind derunder retshandlinger af blandet karakter som konkurs og skifte, selv hvor disse giver anledning til virkelige retstrætter.[4]

Ad b) Sagførernes eneret omfatter enhver virksomhed, der vedkommer de egentlige rettergangshandlinger, selv om deri ikke ligger noget stedfortræderforhold med bemyndigelse til at binde parten. Saaledes gaar ind derunder det blotte møde i retten for en anden, selv om den mødende alene forretter som simpelt bud ved fremlæggelsen af indlæg, skrevne af parten selv. Retten maa betragte et saadant indlæg paa samme maade som, om det f. ex. var sendt den med posten, uden at parten havde mødt.[5] Monopolet omfatter endvidere al befatning med udarbeidelse af processkrifterne (stevning og indlæg).[6]

[3] Jfr. Schweigaard II p. 201—2 jfr. I p. 151; Nellemann § 58.

[4] Nellemann l. c. p. 461 ff., hvor det paavises, at en i en dansk cancelliskrivelse af 2 mai 1826 hævdet afvigende opfatning leder til uholdbare resultater.

[5] Jfr. nedenfor § 74, II og det der i note 6 anførte. Afvigende mening hos Schweigaard I p. 151; jfr. Hambro l. c. nr. 1857; se derimod Nellemann l. c. p. 468.

[6] Jfr. Schweigaard I p. 150—1; Retst. 1837 p. 42—3 og 1849 p. 141 ff. Anderledes er derimod spørgsmaalet blevet besvaret i Danmark, se Nellemann l. c. p. 466.

Derimod er en blot raadgivende virksomhed selvfølgelig fri.

2) Fra hovedregelen om, at kun sagførere kan være procesfuldmægtige, gjøres i N. L. 1—9 14 jfr. frdn. 19 aug. 1735 § 14 undtagelser for: a) værge, hvormed kurator for mindreaarige og vistnok ogsaa de i medhold af l. 27 marts 1869 § 3 beskikkede lagværger for enker[7] maa ligestilles; b) frænde, hvorved loven ingen begrænsning har opstillet med hensyn til slægtskabets nærhed, ligesom den ikke har ligestillet svogerskab med slægtskab; c) tjenere, hvorved maa forstaaes alle, der staar i et fast tjeneste- eller fuldmagtsforhold til parten, uden at det kommer an paa, om vedkommende i egentlig forstand kan kaldes tjener (f. ex. prokurister, driftsbestyrere, kommissionærer og agenter for handelshuse paa andre pladse),[8] saaledes at i det hele de i nr. I omhandlede tilfælde, hvor et varigere stedfortræderforhold foreligger, uafhængigt af den enkelte proces, ikke berøres af sagførermonopolet. d) Endelig skal efter frdn. 19 aug. 1735 § 14 fremdeles almuen paa landet af øvrigheden kunne faa beskikket «en i tinglaget bosat bekjendt oprigtig mand til at tale for sig i nogen sag, der skal ind for retterne», en bestemmelse, der efter sagførerstandens udbredelse ikke længere har nogen praktisk betydning.

Disse undtagelser gjælder ikke ved høiesteret (l. 12 septbr. 1818 § 8)[9]

3) Regelen om sagførernes eneret til at gaa i rette for andre medfører som sin konsekvens, at der ikke kan være fuld frihed for en sagfører i henseende til, hvem han kan benytte som sin fuldmægtig.[10] I almindelighed kan

[7] Jfr. dog Schweigaard I p. 149. Se derimod Nellemann l. c. p. 470.

[8] Jfr. Schweigaard I. p. 150 og den der citerede høiesteretsdom 2 oktbr. 1823; Hambro l. c. nr. 1854.

[9] Jfr. Schweigaard I p. 151.

[10] Det her behandlede spørgsmaal om de baand, sagførermonopolet paalægger i henseende til sagføreres valg af fuldmægtige, maa ikke forvexles med spørgsmaalet, om procesfuldmægtige i forhold til sine mandanter har ret til at benytte submandatarer. Om det sidste spørgsmaal se den følgende paragraf.

ingen optræde i retten som fuldmægtig for en sagfører, der ikke selv er sagfører. Herfra gjælder dog følgende undtagelser:

a) Høiesteretsadvokater kan efter høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 36 (jfr. l. 28 septbr. 1857 § 7) til udførelse af sager ved underordnede retter antage fuldmægtige. Disse, der maa have juridisk examen, autoriseres af justitsdepartementet. Ret til at erholde eller benytte saadan fuldmægtig ophører, naar advokaten ikke bor i eller ved det sted, hvor høiesteret holdes.

b) Efter frdn. 19 aug. 1735 § 14 skal sagførere ved over- og underretterne have adgang til i tilfælde af forfald at lade sine fuldmægtige møde for sig i retten. Den udhævede betingelse oversees i retsbrugen, skjønt budet har været indskjærpet af justitsdepartementet.[11] Beføielsen til brug af en fuldmægtig udenfor sagførerstanden strækker sig efter det anførte lovbud kun til møde i retten, ikke til forfattelsen af indlæg, hvorfor disse aldrig kan underskrives af sagførerens betjent.

4) I visse tilfælde er sagførere udelukkede. Dette gjælder, som før omhandlet,[12] ved forligelseskommissionerne (ogsaa naar disse er domstole), i private politisager[13] og søretssager mellem skipper og mandskab,[14] i hvilke tvende sidstnævnte tilfælde dog retten kan give tilladelse til møde af sagførere. Hvor saaledes hensynet til sagførernes eneret bortfalder, synes ogsaa indskrænkningen i valget af procesfuldmægtig efter N. L. 1—9—14 at maatte ansees som bortfaldt.

5) Indgreb i sagførermonopolet bliver nu (d. e. efter 1 januar 1904) at straffe efter den alm. straffelovs § 332.[15] Forsaavidt angaar møde i retten, opretholdes forbudet mod uberettiget sagførsel tillige derved, at retten *ex officio* har

[11] Jfr. Schweigaard I p. 157, note.
[12] Jfr. p. 125—6.
[13] Se frdn. 3 marts 1799.
[14] Søfl. 20 juli 1893 § 317, 3dje led.
[15] Tidligere havde man intet straffebud og høiesteret anvendte tildels arbitrær mulkt. Jfr. Retst. 1837 p. 42—3 og 1849 p. 141 ff. (især p. 153); 1880 p. 22 ff. (se især p. 26).

at afvise den procesfuldmægtig, der efter sagførerlovgivningen ikke har ret tilat møde for andre, og at betragte den part, der alene møder ved en saadan, som udeblivende. Med hensyn tiluberettiget forfattelse af processkrifter maa det vistnok antages, at retten kan og bør sætte saadanne ud af betragtning, naar de er underskrevne af en uberettiget; men dette vil være det sjeldneste tilfælde. Ligeoverfor den hyppigste form af vinkelskriveri, anonym bistand med processkrifters affattelse, savnes virkemidler.

III. Sagførerstandens historiske udvikling i vor ret besidder ikke ringe interesse og fortjener allerede af den grund at mærkes, at den, som paapeget i § 14, i flere henseender har øvet indflydelse paa udviklingen af vor proces i det hele.[16]

Opkomsten af en egen sagførerstand kan føres tilbage til begyndelsen af det 16de aarhundrede. Den da herskende fuldstændige frihed i henseende til valget af procesfuldmægtige synes at have givet anledning til, at der udviklede sig en klasse professionelle lovtrækkere og vinkelskrivere af aller sletteste sort,[17] der tilsidst paakaldte lovgivningens opmærksomhed. Ved frdn. 9 septbr. 1638 art. 5 og store reces 2—6—18 blev brug af sagførere forbuden paa landet, medens der i byerne skulde beskikkes saa mange prokuratorer, som leiligheden krævede, en ordning, der gik over i lovbogen (se paa den ene side N. L. 1—9—15, paa den anden 1—9—8, 9 og 10). Disse sagførere beskikkedes af øvrigheden,[18] stod under dommerens opsigt og kunde afsættes af den samme myndighed, der havde beskikket dem. Særlige betingelser opstilledes der ikke for at kunne beskikkes til sagfører; det krævedes kun, at de skulde være «gode, oprigtige og uberygtede» mænd (N. L. 1—9—8).

Ved frdn. 19 aug. 1735 § 14 blev den samme ordning som for byerne indført paa landet; og ved frdn. 10 febr. 1736 post 1 § 1 blev juridisk examen opstillet som vilkaar

[16] Jfr. med det følgende især Nellemann l. c. § 55.

[17] Se E. Holm Danmark-Norges indre historie under enevælden fra 1660—1720 I p. 274—6.

[18] N. L. 1—9—10; Nellemann l. c. p. 437—8.

for beskikkelse. Dette medførte en betydelig stigning i standens anseelse (se frdn. 3 juni 1796 kap. XI, hvor der loves dem forfremmelse til dommerembeder, medens N. L. 1—9—16 kun stillede dem underøvrighedsbestillinger i udsigt). Et yderligere skridt i denne retning skede ved, at frdn. 1796 paabød megen varsomhed i beskikkelsen og skjærpede betingelserne for denne samt ved, at de efter kanc. plakat 4 septbr. 1810 blev kongelige embedsmænd. De betingelser, som frdn. 1796 opstillede, var en prøvetid af 2 aar, hvilket l. 2 juni 1821 forandrede derhen, at 3 aars praxis i nogen juridisk stilling blev betingelse for udnævnelse.

Saaledes var retstilstanden, da l. 12 aug. 1848 frigav sagførernæringen for under- og overretternes vedkommende, hvortil sluttede sig l. 28 septbr. 1857 for høiesterets vedkommende. Efter disse love kan enhver, der opfylder visse i loven fastsatte betingelser, kræve at «autoriseres» henholdsvis som under- eller overretssagfører eller som høiesteretsadvokat.

Autorisationen meddeles af justitsdepartementet. Betingelserne er dels fælles for al sagførervirksomhed dels særlige for sagførere ved de forskjellige retter. Fælles er: 1) opnaaet fuldmyndighedsalder (l. 1848 § 6, l. 1857 § 2, litr. c); 2) vidnesbyrd om at have ført en retskaffen vandel (l. 1848 § 5 b, l. 1857 § 2, e). Derhos mærkes 3), at autorisationen ikke kan forenes med embede eller bestilling som politimester, foged[19] eller med anden ansættelse i politiets tjeneste; for andre embeder og bestillinger beror deres uforenelighed med sagførernæringen paa kongelig anordning (l. 1848 § 7, l. 1857 § 6[20]). Tidligere var det foreskrevet, at sagførere og advokater skulde aflægge ed, men denne er bortfaldt ved l. 22 mai 1875 § 4.

Særlige vilkaar for autorisationen er:

a) For underretssagførere (l. 12 aug. 1848 § 5, c)

[19] Jfr. dept.skr.r 2 aug. og 23 oktbr. 1856.

[20] For tiden findes ingen saadan anordning, idet det tidligere bestaaende forbud mod, at officerer autoriseredes som sagførere, er bortfaldt ved res. 15 aug. 1887.

at have bestaaet juridisk embedsexamen med ikke ringere karakter end *haud illaudabilis.*

b) For overretssagførere (l. 1848 § 6) enten at have bestaaet juridisk embedsexamen med ikke ringere karakter end *laudabilis* eller at have i et aar praktiseret som underretssagfører[21].

c) For høiesteretsadvokater (l. 1857 § 2):

1) juridisk embedsexamen med ikke ringere karakter end *laudabilis*;

2) i 3 aar at have været i virksomhed som dommer eller sagfører ved underordnet ret, universitetslærer i lovkyndighed, sekretær i høiesteret, auditør eller autoriseret fuldmægtig hos dommer eller advokat;

3) aflagt fyldestgjørende prøve ved for høiesteret at udføre 4 sager, nemlig 2 straffesager, en som aktor og en som forsvarer, hvilke sager høiesterets justitiarius tildeler ham, og 2 private sager, som han selv maa forskaffe sig. Af disse sidste skal den ene udføres for appellanten, den anden for indstevnte eller kontraappellanten. Til saadan prøve kan ingen fremstille sig oftere end 2 gange. Ingen erholder adgang til prøve, før han har fremlagt justitsdepartementets erklæring om, at han efter bestaaet prøve vil kunne erholde autorisation som advokat og for rettens justitiarius har godtgjort at være betroet part i to til høiesteret paastevnte sager, hvori en advokat har meldt sig som mødende for den anden part.

Efter den ældre ret var sagførernæringens udøvelse knyttet til bestemte steder. Bestallingen foreskrev for hver enkelt sagfører, i hvilke distrikter og ved hvilke retter han maatte gaa i rette og gjorde ham det til pligt at bo paa et bestemt sted[22]. Ogsaa i denne henseende indførte l. 1848 fuld frihed. Autorisation som underretssagfører medfører berettigelse til at gaa i rette ved underretterne hvorsomhelst i riget, og autorisation som overretssagfører berettigelse til at gaa i rette ved rigets samtlige over- og

[21] Udk. til d. o. § 127 opstiller som betingelse for at opnaa autorisation som sagfører ved andre retter end høiesteret 2 aars praktisk prøvetid, men gjør forøvrigt ingen forskjel paa over- og underretter.

[22] Jfr. forøvrigt om den historiske udvikling her Nellemann § 55.

underretter (se den anførte lov § 8). Det samme gjælder høiesteretsadvokater; men forøvrigt bestemmer l. 1857 § 3 om disse, at deres adgang til at gaa i rette for andre ved høiesteret ophører i den tid, hvori de ikke maatte være bosat i eller ved den by, hvor høiesteret holdes[23].

Hvad sagførernes og advokaternes offentligretslige stilling angaar, foreskriver l. 1848 § 16 (jfr. l. 1857 § 6), at de med hensyn til straffelovens bestemmelser bliver at anse som bestillingsmænd. Heri ligger, at de forseelser, hvori de gjør sig skyldige i sin stilling, bliver at bedømme efter straffelovens kap. 11 og §§ 324 og 325. Fradømmelse af deres ret til at drive sagførervirksomhed kan finde sted efter str.l.s §§ 15 og 30, 4 jfr. § 29, 4.

Paa anden maade end ved dom kan autorisationen ikke ophøre. Den administrative myndighed, der meddeler den, har ingen ret til at tilbagekalde den.

Sagførerne staar ikke under nogen disciplinær kontrol, være sig af administrationen eller af domstolene[24].

§ 54.

FORTSÆTTELSE. OM PROCESFULDMAGT[1].

I. Hvorvidt der i processen i noget tilfælde er anvendelse for en varetagelse af andres tarv uden fuldmagt

[23] Den reform, som l. 1848 indførte i sagførernes stilling, var, som det vil sees af den foregaaende fremstilling, ganske indgribende. I det hele maa den betegnes som heldbringende, om der end kan reises beføiede tvivl om, hvorvidt ikke lovens betingelser for at opnaa sagførerautorisation har vist sig for slappe. Reformen stemmer med retningen i den nyere lovgivning i andre lande. I Tyskland frigaves sagførernæringen ved rigsprocesloven af 1877, i Danmark er den fri siden 1868; i England har den altid været fri, ligesaa i Frankrige, forsaavidt angaar de saakaldte *avocats*, der besørger plædoyeren i skranken, medens de egentlige procesfuldmægtige (*avoués*) ansættes i begrænset antal. Eiendommeligt er forholdet i Sverige, hvor intet sagførermonopol kjendes, og hvor der ialfald udenfor de store byer ikke findes nogen egentlig sagførerstand.

[24] Dette er et overmaade svagt punkt i vor nugjældende sagførerlovgivning. Om bestræbelser, der har været gjort for at afhjælpe de hermed forbundne ulemper ved efter udenlandsk mønster at indføre sagførerkamre, se Retst. 1881 p. 49 og 97, 1898 bilag, 1901 p. 401 ff.

[1] Schweigaard I § 41; Nellemann Alm. del § 60 jfr. § 52.

(*negotiorum gestio*), er tvivlsomt. Vistnok er der ingen grund til at betvivle, at den, der har optraadt paa en andens vegne under en proces, maa kunne forpligte denne til erstatning af sine udlæg under samme vilkaar som udenfor proces. Men tvivlene angaar spørgsmaalet, om i noget tilfælde retten kan betragte anførsler og paastande af en *negotiorum gestor* som kommende fra parten selv, og om saaledes de almindelige udeblivelsesfølger kan undgaaes, naar det kun er en *negotiorum gestor*, der møder for parten. Der synes at være nogen tilbøielighed til at besvare dette spørgsmaal bekræftende for det tilfælde, at det er en procesfælle, der optræder som *negotiorum gestor*[2]; men det er vanskeligt ud fra en korrekt opfatning af procesfællesskabets væsen[3] at begrunde en saadan sætning. Heller ikke kan man uden lovhjemmel antage, at en *negotiorum gestio* skulde kunne tilstedes, naar *gestor* stillede sikkerhed for, at ratihabition vil finde sted[4].

At den, der under en retssag møder som stedfortræder for en anden, er udrustet med fornøden bemyndigelse hertil, paasees af retten *ex officio*; og vedkommende part bliver at anse som udeblivende, naar der findes mangler i denne henseende. Beviset for fuldmagten vil lettest føres ved en af parten underskreven, skriftlig bemyndigelse; men i de hyppigste tilfælde af procesfuldmagt er dette ikke almindeligt, idet der antages at tilkomme autoriserede sagførere en *publica fides*, ifølge hvilken deres bemyndigelse ansees tilstrækkelig legitimeret ved deres blotte angivelse af at have fuldmagt[5].

[2] Se Schweigaard I p. 150; Nellemann p. 472; jfr. ogsaa Ugebl. f. lovk. IX p. 230.

[3] Se foran p. 242.

[4] Den tyske civilproceslov § 85 indeholder følgende bestemmelse: «Handelt jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozessführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.» Jfr. Uhbricht Die vollmachtslose Stellvertretung im Reichscivilprozess i Arch. f. die civ. Praxis 78 bd. p. 47 ff.

[5] Jfr. Schweigaard I p. 156—7; Nellemann § 57; Ugebl. f. lovk. III p. 165 og IX p. 121; Retst. 1871 p. 334 ff. og 1888 p. 375 ff. — Jfr. derimod udk. til r. l. kap. V § 5 der kræver skriftlig fuldmagt (hvis

Dette kan dog ikke strækkes saa vidt, at sagføreren heller ikke skulde tiltrænge nogen legitimation, naar modparten udtrykkelig benegter hans fuldmagt. Modparten maa kunne kræve bevis, da han ellers vil være udsat for, at retsforhandlingen spildes, hvis den, paa hvis vegne der er handlet, senere godtgjør, at sagføreren manglede fuldmagt. En dom, afsagt over en part, paa hvis vegne en uberettiget har afgivet møde, kan nemlig omstødes; men mangelen kan, som foran antydet, afhjælpes ved efterfølgende ratihabition.

II. Hvor procesfuldmagten ikke er indeholdt i en mere omfattende bemyndigelse til at varetage en andens anliggender (f. ex. en værgebeskikkelse, en opnævnelse i henhold til l. om fraværende personer 12 oktbr. 1857), vil den regelmæssig bero paa en viljeserklæring af vedkommende part. En undtagelse gjælder i de tilfælde, hvor der af det offentlige er tilstaaet en part fri sagfører, idet isaafald vedkommende sagfører beskikkes af øvrigheden, der dog i almindelighed følger partens forslag[6].

Fuldmagtens overtagelse beror paa frivillighed. Nogen pligt hertil paahviler heller ikke de autoriserede sagførere undtagen i beneficerede sager (N. L. 1—9—12)[7].

Iøvrigt kommer de almindelige civilretslige regler om fuldmagt til anvendelse ogsaa paa meddelelse af procesfuldmagt.

III. Med hensyn til udstrækningen af den bemyndigelse, som i almindelighed hjemles ved en procesfuldmagt, kan det opstilles som regel, at den omfatter alle de skridt, der kan siges at staa i regelmæssig forbindelse med retshandlinger af den art, hvorpaa fuldmagten lyder. Bemyndigelsen gaar endog saa vidt, at ogsaa indrømmelser, der gjøres modparten af procesfuldmægtigen under hans procedyre, binder parten (jfr. N. L. 1—9—13, der hviler paa forudsætningen herom, idet den henviser

ægthed i tvivlstilfælde maa bevises), med mindre parten selv er tilstede og til protokollen afgiver erklæring herom. Dog behøver efter § 6 den, der i kraft af sit almindelige fuldmagtsforhold til parten er berettiget til at optræde som procesfuldmægtig, ingen særskilt procesfuldmagt.

[6] Jfr. iøvrigt mere om dette tilfælde Anden del § 225, V.

[7] Jfr. Schweigaard I p. 163—4.

mandanten til regres hos fuldmægtigen). Derimod kan en procesfuldmægtig ikke direkte give afkald paa sagens gjenstand, ligesaa lidt som han kan forlige eller voldgive den[8].

En fuldmagt til at udføre en retssag for domstolene antages, naar intet andet er sagt, begrænset til de rettergangsskridt, der staar i forbindelse med erkjendelsesstadiet i første instans[8a], derimod ikke til dommens fuldbyrdelse, heller ikke til appel. Heller ikke omfatter en saadan fuldmagt bemyndigelse til at modtage det ved dom tilkjendte beløb[9], hvorimod bemyndigelsen hertil maa antages at ligge i en fuldmagt til at afholde exekution[10].

En særlig virkning af procesfuldmagt flyder af N. L. 1—4—20 (jfr. 1—2—20), hvorefter stevninger til modparten kan rettes til fuldmægtigen[11]. Denne regel gjælder kun de stevninger, hvortil der bliver anledning under sagens drift ved instansen, ikke derimod appelstevninger[12].

Overensstemmende med almindelige civilretslige grundsætninger maa en part, der vil begrænse en procesfuldmagt paa en fra den almindelige regel for dens udstrækning afvigende maade, give modparten meddelelse herom; ellers er begrænsningen ikke bindende for denne[13].

[8] Se Ørsted Haandbog VI p. 35 ff. Anderledes derimod efter den tyske civilproceslov § 78. Se ogsaa den i note 10 citerede bestemmelse i udk. til r. l.

[8a] Jfr. forøvrigt om meddelelse af fuldmagt til at møde i forligelseskommissionen foran § 20 note 8 (Retst. 1842 p. 457.

[9] Jfr. Ørsted l. c. Dette forholder sig selvfølgelig anderledes, naar fuldmagten er rettet paa «inkassation» af en fordring.

[10] Videre omfang har procesfuldmagten efter udk. til r. l. kap. V § 7, der lader den omfatte: 1) anlæg og modtagelse af søgsmaalet og foretagelse af alle til sagen hørende proceshandlinger, herunder indbefattet fremsættelse af modsøgsmaal og af begjæring om anke, 2) afslutning af forlig om sagens gjenstand, anerkjendelse af modpartens paastande og anførsler og frafaldelse af saadanne paa fuldmagtgiverens vegne, 3) foranstaltning af rettergangsskridt til sikrelse af fuldbyrdelsen samt 4) modtagelse af de modparten idømte procesomkostninger.

[11] Efter udk. til d. o. § 173 skal de rettes til procesfuldmægtigen; jfr. derom udkastets motiver p. 105.

[12] Retst. 1893 p. 47. Se derimod udk. til d. o. § 173, 2det led, der tilsteder inden 6 maaneder efter dommens afsigelse at rette appelstevninger til procesfuldmægtigen.

[13] Jfr. udk. til r. l. § 8.

IV. Virkningerne af fuldmægtigens optræden bliver at bedømme efter de almindelige civilretslige regler om repræsentation. De af rettergangen flydende virkninger indtræder umiddelbart for mandanten, ligesom dommen lyder paa dennes navn. Mulkt for unødig trætte paalægges ligeledes parten, ikke sagføreren[14], hvorimod overtrædelse af rettergangslovene (forhaling af sagen, usømmelig procedyre, vidtløftige indlæg) medfører et rent personligt ansvar og derfor i almindelighed vil paahvile sagføreren.

Ved den civilretslige fuldmagt skjelner man, som bekjendt, i henseende til virkningerne af fuldmægtigens handlinger, eftersom denne har optraadt i eget eller fremmed navn. Denne sondring kan ikke paa procescens mark tillægges samme betydning som paa civilrettens. Den omstændighed, at fuldmægtigen har optraadt i eget navn (man har i dette tilfælde kaldt ham mandatar), vil her alene kunne tillægges den indflydelse, at han ved siden af den egentlige part hefter som *dominus litis* for de af ham foretagne processkridt (altsaa navnlig omkostninger), ligesom dommen vil kunne gjøres lydende paa hans navn. Derimod bevirker det ikke, at den, i hvis interesse han handler, ikke betragtes som part. Dette følger deraf, at parterne ellers vilde have det i sin magt at omgaa en hel række tvingende procesbud ved at lade fuldmægtigen optræde i eget navn: saasom forbud mod at lade sig repræsentere af andre end sagførere[15], forbudet mod disses møde i forligelseskommissionen, reglerne om partsed[16], adgangen til gjæsteret[17] o. s. v. Bevises det

[14] Undtagelse efter høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 19 «for mulkter og omkostninger, som en høiesteretsadvokat paadrager sig i sager, han frivillig paatager sig for udlændinge»; jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 155; Retst. 1857 p. 51-2; 1870 p. 233.

[15] Jfr. Retst. 1880 p. 22, hvorved det ansaaes som uberettiget sagførsel, at en person i eget navn indtalte en fordring, som *pro forma* var ham tiltransporteret.

[16] Jfr. Kohler i Zeitschr. für Deutschen Civilprozess XII p. 105—6 og note 13.

[17] Se herom særlig Johs. Bergh i Tidsskr. for retsvidenskab II p. 216 ff. Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 1860.

derfor, at don optrædende kun er mandatar for en anden, bliver processen i enhver henseende at betragte som ført af denne, en regel, fra hvilken dog lovgivning og praxis har gjort enkelte undtagelser for det tilfælde, at den, for hvem mandataren optræder, er udlænding (se forl.l. 20 juli 1824 § 51 om sagførers adgang til at møde i forligelseskommissionen)[18].

V. Med hensyn til forholdet mellem procesfuldmægtigen og hans mandant bemærkes:

a) Fuldmægtigen er pligtig til at varetage sin mandants tarv med en ordentlig mands omhu («med flid, troskab og oprigtighed», N. L. 1—9—10), og maa erstatte den skade, han ved tilsidesættelse heraf volder mandanten, en erstatning, som denne efter frdn. 19 aug. 1735 § 14 kan fordre sig tilkjendt under hovedsagen uden stevning til sagføreren, forsaavidt denne eller fuldmægtig er tilstede. Forudsætningen for det sidste maa dog vistnok være, at sagen ikke derved mod modpartens protest forhales[19].

Da udførelsen af en procesfuldmægtigs hverv forudsætter særlige egenskaber, hvoraf ikke enhver i lige grad er i besiddelse, kan man overensstemmende med de civilretslige grundsætninger ikke antage, at han i almindelighed i forhold til sin mandant er berettiget til at overdrage hvervets udførelse til en submandatar[20]. Paa denne forudsætning hviler ogsaa høiesteretsloven 12 septbr. 1818 § 10, sidste punktum, der foreskriver, at enhver advokat, naar han antager en sag, skal afgjøre med parten, til hvilken anden advokat han i forfaldstilfælde skal overdrage sagen.

Retsbrugen gaar imidlertid ud fra en anden opfatning,

[18] Langt videre gaar teori og praxis i Danmark; jfr. Nellemann § 54; Bergh l. c. p. 215—6. Ogsaa i vor praxis er forholdet maaske ikke altid blevet klart opfattet; se f. ex. udtalelserne i Retst. 1888 p. 376 jfr. Retst. 1862 p. 642.

[19] Forsaavidt angaar beneficerede sager, synes den nævnte frdn. § 39, sammenholdt med § 35, at forudsætte, at dommeren *ex officio* skal paakjende den beneficerede parts ansvar hos den befalede sagfører (jfr. Schweigaard p. 156); men dette er ukjendt i praxis.

[20] Se dog Schweigaard I p. 157.

og antagelsen af submandatar ansees der ikke at være knyttet til noget indskrænkende vilkaar.

Her som ellers er fuldmægtigen ansvarlig for submandataren, med mindre dennes antagelse er skeet med partens samtykke. Har fuldmægtigen vel ikke indhentet et saadant, men maattet antage submandatar, fordi et hastigt paakommende forfald hindrede ham selv, hefter han kun for *culpa in eligendo.*

Overtagelsen af procesfuldmagt forpligter ikke fuldmægtigen til at fuldføre hvervet. Dettes særegne natur bevirker, at ingen mod sin vilje bør kunne tvinges til at udføre det. Frdn. 3 juni 1796 § 8 paalægger den sagfører, der vil frasige sig sagen, at give sin part betimelig underretning[21].

b) Mandanten er paa sin side pligtig til at godtgjøre fuldmægtigen havte udlæg samt salar, der i mangel af aftale bliver at bestemme af sagføreren selv efter et rimeligt skjøn (mærk forbudet i N. L. 1—9—10 mod at udsuge de fattige med ubillig løn), og som fuldmægtigen maa kunne kræve, selv om mandanten fratager ham sagen, førend han har procederet den tilende, saafremt dette ikke skyldes hans feil[22].

VI. Som af det i foregaaende numer udviklede sees, ophører procesfuldmagt som andre fuldmagter ved opgivelse fra fuldmægtigens side og ensidig tilbagekaldelse fra mandantens side, hvorved bemærkes, at den sidste overensstemmende med almindelige fuldmagtsregler ikke faar virkning ligeoverfor modparten, før den er meddelt ham.

Selvfølgeligt er det, at procesfuldmagt ophører ved fuldmægtigens død. Derimod kan neppe det samme ube-

[21] Jfr. Schweigaard I p. 158. Jfr. udk. til r. l. kap. V § 9 a, der har samme regel, men tilføier, at procesfuldmægtigen pligter at udføre, hvad der ikke kan udstaa uden at udsætte parten for tab.

[22] H.retsdom 26 mai 1819 Lasson Haandbog p. 1169; jfr. iøvrigt Nellemann l. c. p. 492 ff. I enkelte fremmede lande er sagførernes salarer bestemte ved i loven opstillede taxter, hvis fastsættelse imidlertid frembyder store vanskeligheder. Efter udk. til r. l. kap. V. § 12 kan saavel parten som procesfuldmægtigen begjære dennes godtgjørelse fastsat af retten.

tinget gjælde i tilfælde af mandantens død. Vistnok er det den almindelige civilretslige regel, at fuldmagt bortfalder ved fuldmagtsgiverens død. Men ligesom denne regel heller ikke paa civilrettens omraade er undtagelsesfri[23], saaledes er der vistnok god grund til ikke at anse den gjældende i procesretten. Noget andet er det, at arvingerne, hvis de vil, ved særligt tilkjendegivende kan tilbagekalde fuldmagten.

Heller ikke kan det antages, at partens efterfølgende umyndiggjørelse ophæver procesfuldmagten[24].

Mandantens konkurs ophæver ikke i og for sig procesfuldmagt; men fuldmægtigens processkridt efter konkursen binder ikke boet.

[23] Se om prokura l. 17 mai 1890 § 30.

[24] Jfr. udk. til r. l. kap. V § 9, sidste led: «Partens død eller tab af handleevne har i sig selv ikke procesfuldmagtens ophør til følge.»

FJERDE HOVEDAFSNIT

CIVILPROCESSENS GJENSTAND

—

§ 55.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

Enhver civil proces har til opgave at faa afgjort, om det af sagsøgeren reiste krav er begrundet eller ikke[1]. Dette krav er saaledes processens gjenstand. Det er dets begrundelse og bevisliggjørelse, der er formaalet for sagsøgerens procedyre; det er dets afværgelse, der regelmæssig er formaalet for sagvolderens rettergangsskridt; og det er om dets berettigelse, dommeren skal udtale sig.

Den første opgave, der bliver at løse i nærværende afsnit, er derfor bestemmelsen af selve begrebet krav (retskrav, *actio*) i processuel betydning. Dernæst bliver at undersøge, hvorvidt ethvert retskrav kan være gjenstand for proces, og særlig om det blotte krav paa fastsættelse af et retsforholds eller en kjendsgjernings tilværelse eller ikke-tilværelse (fastsættelseskrav) kan være det. Videre undersøges, hvorvidt der i samme søgsmaal kan forenes en flerhed af søgsmaalsgjenstande (retskrav) — hvilken forening kan tænkes enten saaledes, at sagsøgeren under samme sag gjør flere krav gjældende, eller saaledes, at sagvolderen har modkrav — samt, omvendt, om et krav vilkaarlig kan udstykkes saaledes, at det gjøres gjældende i en flerhed af søgsmaal. Endelig bliver i nærværende afsnit ogsaa at behandle spørgsmaalet om processens indflydelse paa det retskrav, der er dens gjenstand.

[1] Jfr. foran § 1 II, med note 5.

§ 56.

OM BEGREBET RETSKRAV I PROCESSUEL FORSTAND[1].

I. Retskrav i processuel forstand er et for domstolene reist krav paa retsnydelse af en vis art. Retskrav er ikke ensbetydende med rettighed. For det første er nemlig retskravet kun en paastaaet, ikke nødvendigvis en virkelig existerende ret (spørgsmaalet om dens tilværelse skal jo netop afgjøres ved processen). Men dernæst kan en rettighed vel være tilstede uden retskrav, nemlig overalt, hvor rettigheden er uforstyrret og rettighedshaveren saaledes har al den retsnydelse, hans ret hjemler ham (f. ex. eiendomsret, hvor eieren er i. uforstyrret besiddelse af sin ting). Retskravet opstaar først, naar den fulde retsnydelse er forstyrret; og isaafald kan der af en og samme rettighed — alternativt eller kumulativt — udspringe flere retskrav (af eiendomsrettens forstyrrelse kan udspringe krav paa tingens udlevering, paa erstatning o. s. v.).

Retskrav er heller ikke identisk med det processuelle begreb paastand (*petitum*), hvorved forstaaes angivelsen af det, sagsøgeren vil have sig tilkjendt. Paastanden er et udflod af retskravet, men angiver ikke i og for sig dettes art. Paastand paa en tings udlevering kan f. ex. grundes paa eiendomsret, kjøbekontrakt, leiekontrakt o. s. v., hvorved betegnes høist forskjellige retskrav (*rei vindicatio*, *actio venditi*, *locati* o. s. v.). Paa den anden side er paastanden ikke givet i og med angivelsen af retskravet (*rei*

[1] Se Windscheid Die *actio* des röm. Rechts; jfr. sammes Pandecten I § 83; Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm (1877); Plósz Beiträge zur Theorie des Klagerechts (1880); Hellmann Klagerecht, Feststellungsklage u. Anspruch i Iherings Jahrb. XXXI; O. Fischer Recht u. Rechtsschutz (i Bekker u. Fischer Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches) især p. 75 ff.; Leonhard Der Anspruchbegriff i Zeitschrift f. Deutschen Civilprozess XV; Seuffert Recht, Klage, Zwangsvollstreckung i Grünhuts Zeitschrift XII; Kohler sammesteds XIV p. 1 ff. (jfr. Gesammelte Beiträge zum Civilprozess p. 60 ff.); Wach Vorträge p. 15, note, jfr. ogsaa sammes Handbuch I § 2; Bierling Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II p. 58; Weissmann Hauptintervention u. Streitgenossenschaft p. 42 ff.; Schmidt Lehrb. § 29 og det der citerede. Se ogsaa Trygger Om skriftliga bevis (1887) indledning.

vindicatio kan f. ex. omfatte tingen alene eller tillige frugterne).

II. Om end saaledes begreberne rettighed og retskrav ikke er identiske, hænger de dog forsaavidt nøie sammen, som et retskrav ikke kan tænkes uden som udflod af en (paastaaet) rettighed. Naar domstolene skal prøve et retskravs tilværelse, er det nødvendigt at prøve tilværelsen af den rettighed, hvorpaa kravet støttes. Paa samme maade maa ogsaa de kjendsgjerninger, hvoraf rettigheden udledes, af retten prøves i den udstrækning, hvori det er fornødent for at afgjøre rettighedens og det deraf udledede retskravs tilværelse.

Dette retskravets grundlag (søgsmaalsgrunden) er dog ikke i noget tilfælde som saadant gjenstand for processen, med mindre det af parterne udtrykkelig er gjort dertil, hvilket er tilfældet ved de saakaldte fastsættelsessøgsmaal, hvorom mere i følgende paragraf. Dette viser især sin betydning, hvor der af det samme grundlag (f. ex. et selskabs- eller leieforhold) udspringer flere retskrav, hvoraf kun et eller flere enkelte indtales under sagen. Isaafald er det retsforhold, der er det fælles grundlag, ikke undergivet paadømmelse i videre udstrækning end fornødent for at afgjøre det under sagen reiste kravs tilværelse[2].

§ 57.

FULDBYRDELSESKRAV OG FASTSÆTTELSESKRAV.[1]

I. Da processens opgave netop er at bringe paa det rene, om det krav, der fra sagsøgerens side er reist under sagen,

[2] Jfr. iøvrigt herom mere nedenfor under fremstillingen af dommes retskraft (§ 133).

[1] Se Schweigaard II § 136; Nellemann Alm. del §§ 39 og 40 (jfr. Tidsskr. f. retsvidenskab 1887 p. 202 ff.); Faith Juridiske afhandlinger I (1850) p. 265 ff.; Aagesen Indledn. til den danske formueret p. 479 ff.; Goos Almindelig retslære I p. 194—202; Trygger Skriftliga bevis p. 10 ff. Af fremmed litteratur mærk især foruden den ved forrige paragraf citerede litteratur: Bähr Die Anerkennung als Ver-

har hjemmel i lov og ret, kan det aabenbart ikke i noget tilfælde opstilles som en formel betingelse for rettergangen, at denne hjemmel forefindes. Mangler den, bliver sagen ikke at afvise, men sagvolderen at frifinde. Dette gjælder, selv hvor kravet af lovgivningen er ligefrem misbilliget.[2]

II. De krav, der kan være gjenstand for en civil proces, kan henføres til to hovedklasser: a) krav, der er rettede paa at fremtvinge en ydelse fra sagvolderens side, og som, hvis kravets berettigelse anerkjendes, og det ikke godvillig opfyldes, kan give anledning til tvangsfuldbyrdelse (fuldbyrdelseskrav), og b) krav, der alene er rettede paa at faa tilværelsen eller ikke-tilværelsen af et vist forhold eller en vis rettighed fastslaaet (fastsættelseskrav). Mellem disse tvende klasser af retskrav er der dog forsaavidt ingen modsætning, som et fuldbyrdelseskrav efter, hvad der vil fremgaa af forrige paragraf, altid medfører nødvendigheden af, at dette kravs grundlag fastsættes i den udstrækning, som fornødiges for at afgjøre kravets berettigelse. Men den processuelle adgang til at forlange domstolenes paakjendelse er for begge arter krav forskjellig.

Ad a) Fuldbyrdelseskravet forudsætter en objektiv uoverensstemmelse mellem en paastaaet ret og sagsøgerens faktiske retsnydelse. At denne uoverensstem-

pflichtungsgrund (3dje udg. 1894); Wach Der Feststellungsanspruch 1889); Weissmann Die Feststellungsklage (1879); Kohler Prozessrechtliche Forschungen (1889) p. 63 ff.; Planck Lehrbuch II p. 12 ff.; Schmidt Lehrbuch §§ 124 og 125.

[2] Dette synspunkt er dog ikke altid fastholdt i retsbrugen (jfr. Anden del, p. 528—9). se saaledes Retst. 1897 p. 398, hvor et søgsmaal angaaende indtale af et gjældsbrev, hvis udstedelse var fremkaldt ved tvang og trusler, afvistes, medens derimod i Retst. 1898 p. 49 frifindelse rigtig anvendtes ligeoverfor et søgsmaal angaaende andel i en lotterigevinst. — Den i Retst. 1899 p. 169 ff. meddelte høiesteretsdom antog, at spørgsmaalet om, hvorvidt 4 medlemmer af en ynglingeforening kunde exkluderes af denne, ikke hørte under domstolene, hvorfor sagen afvistes. Denne dom er dog aabenbart urigtig; ti om de nævnte medlemmer havde noget retskrav paa at forblive medlemmer af foreningen, eller om bestyrelsen havde en diskretionær myndighed til at udelukke dem, er et retsspørgsmaal, der kun kan løses af domstolene.

melse subjektivt skal være sagvolderen tilregnelig, kræves selvfølgelig ikke.

I almindelighed vil et fuldbyrdelsessøgsmaal ikke kunne sættes igjennem uden, hvor kravet er forfaldent (*actio nata*). En rettighedshaver med uforfaldent (til en endnu ikke indtraadt *dies* eller *conditio* knyttet) krav kan ikke faa exigibel dom for, at indstevnte ved forfaldsdagens eller betingelsens indtræden skal opfylde sin forpligtelse. Et søgsmaal, rettet herpaa, maatte af dommeren *ex officio* afvises, uden at det kommer an paa, om parterne er enige om at fremme søgsmaalet. Domstolenes opgave er alene at afgjøre aktuelle retskrav, ikke at udtale sig om fremtidige muligheder. Alene ved at fastholde dette bliver det derhos muligt at opretholde den rette grænse mellem de dømmende retters og exekutionsmyndighedernes virkekreds. De sidste er i vor procesret ikke beregnede paa en saa vidtstrakt domskompetens som den, der vilde følge af, at de skulde afgjøre spørgsmaalet, om betingelserne var indtraadte for fuldbyrdelsen af et uforfaldent eller betinget krav.[3] Sætningen gjælder ogsaa periodiske ydelser, saaledes at der for en afgiftspligt ikke kan erhverves en dom, hvorved de fremtidige terminer fastslaaes med umiddelbar exigibel virkning.[4]

[3] Jfr. Schweigaard II p. 41 og især Nellemann § 40; se ogsaa Faith l. c. p. 295. Den sidste forfatter bygger sit resultat væsentlig paa hensynet til forligsmæglingen, der ikke skulde kunne blive tilstrækkelig effektiv, naar kravet ikke var forfaldent. Men denne betragtning er, som ogsaa af Nellemann l. c. p. 327 paavist, skjæv. Forligslovgivningen bestemmer intet om, hvilke søgsmaal er tilstedelige, men forudsætter dette givet, og foreskriver, at, naar søgsmaal finder sted, skal forligsprøve ske. Overalt, hvor søgsmaal er tilstedeligt, er ogsaa forligsmægling gyldig. Da saaledes den i texten fremstillede sætning er uafhængig af forligsreglerne, gjælder den ligemeget i sager, der er undtagne fra forligsmægling. — Ogsaa andetsteds er sætningen almindelig anerkjendt; jfr. Planck Lehrbuch II p. 9—10; se dog paa den anden side Kohler i Grünhuts Zeitschrift f. Privat- u. öff. Recht XIV p. 36—7. Jfr. derhos om spørgsmaalet Förster i Zeitschr. f. Deutschen Civilprozess VIII p. 128 ff. — Om det tilfælde, at forfaldsdag indtræder under sagens gang se nedenför § 58.

[4] Se Nellemann l. c. p. 329 ff. I denne henseende har den ældre danske praxis været vaklende; se citaterne hos Faith l. c. p. 286 ff.; Getz Udredninger etc. p. 135 forudsætter, at retsbrugen tilsteder exigi-

Visse afvigelser fra den strenge gjennemførelse af den her hævdede sætning lader sig dog paavise i retsbrugen. Den har saaledes, som af det foran p. 235 anførte fremgaar, tilstedt, at der for den simple kautionists forpligtelse gives exigibel dom i samme sag som mod hoveddebitor, skjønt kravet paa den første er betinget af, at exekution forgjæves er forsøgt hos den sidste. Det tilstedes, at der gives exigibel dom for et krav, der er betinget af en modydelse fra sagsøgerens side[5], ligesom det vistnok ogsaa ansees tilstedeligt, at der gives anvisning paa exekution for en ydelse, der af sagvolderen skal udredes, saafremt han ikke efterkommer et i dommen principalt givet paalæg[6]. Endelig gives der exigibel dom for løbende renter og lignende akcessorier til hovedpaastanden, ogsaa hvor dommen derved kommer til at omfatte terminer, der først forfalder efter dommen («renter indtil betaling sker»).

Forskjelligt fra det hidtil behandlede spørgsmaal er det, om et krav, der gaar videre end til fastsættelse, i visse tilfælde kan opstaa ikke blot, hvor en retsnydelse direkte forholdes den berettigede, men ogsaa, hvor der er fare for, at han, naar kravet er forfaldent, ikke skal faa sit, altsaa hvor hans fremtidige retsnydelse blot er truet. Dette spørgsmaal, hvis besvarelse iøvrigt delvis er af civilretslig karakter (jfr. f. ex. vexellovens § 25), finder i processen sin behandling i læren om de foreløbige retsmidler (arrest og forbud). Her er det tilstrækkeligt at bemærke, at i saadanne tilfælde retsbeskyttelsen efter de for de nævnte retsmidler gjældende regler ikke gaar videre end til sikkerhed for, at den fare, der maatte true den

bel dom for fremtidige terminer, naar første termin er forfalden. Noget bevis herfor kjendes dog ikke.

[5] Lige hermed vilde det vistnok maatte regnes, at betaling af et gjældsbrev gjordes betinget af, at sagsøgeren fik dette mortificeret (Retst. 1888 p. 609).

[6] Jfr. Nellemann l. c. p. 333. — Som exempel paa tilfælde, hvor en betinget dom er afsagt som exigibel, kan ogsaa nævnes det foran § 27, note 16 anførte tilfælde, hvor høiesteret gav exigibel dom for det beløb, der maatte blive fastsat ved en voldgiftskjendelse.

berettigede, ikke, naar forfaldsdag kommer, skal hindre hans retsnydelse[7].

Ad b) I mange tilfælde vil den retsbeskyttelse, som selv en aktuel retsforstyrrelse gjør paakrævet, være udtømt ved en fastslaaen af retskravets berettigelse, uden at iøvrigt dommen efterlader noget, der tiltrænger fuldbyrdelse ved tvang, saaledes hvor en aktieeier kræver fastsættelse af sin aktieret som grundlag for en ham forment stemmeret i aktieselskabets anliggender, eller hvor en person kræver en ham negtet anerkjendelse som medlem af en familie, eller hvor den dom, der attraaes, skal tjene som nødvendig legitimation f. ex. under en strid mellem tvende konnossementsindehavere, hvor varerne er oplagte i henhold til søf.l. § 140, eller som grundlag for tinglysning af en tinglig rettighed til fast gods, som eieren urettelig har negtet at overdrage sagsøgeren, eller hvor søgsmaalet er rettet paa at faa en rettighed (f. ex. et fæste) kjendt forbrudt, et patent annulleret eller ophævet (jfr. l. 10 juni 1885 §§ 26 og 27), et ægteskab opløst o. s. v.)[8] I alle saadanne tilfælde er der i virkeligheden tale om et fuldbyrdelseskrav, men med den særegenhed, at fuldbyrdelsen kan forskaffes sagsøgeren i og med selve dommen, uden at der kræves nogen medvirkning af exekutionsmyndigheden.

Egentligt fastsættelsessøgsmaal foreligger først da, naar fastsættelsen ikke tilsigter at forskaffe sagsøgeren nogen saadan aktuel retsnydelse, men alene er rettet paa fastsættelsen som saadan, det er, paa at opnaa den deri i og for sig liggende retsbetryggelse.

[7] Udk. til r. l. indeholder i kap. VIII § 3 følgende bestemmelse: «Paastand kan nedlægges paa dom for ydelser, som ikke endnu ved sagsanlægget er forfaldne, naar der 1) enten handles om en til bestemte tider tilbagevendende ydelse, hvoraf den første termin er forfalden, eller 2) om ydelser, betingede af, at et i samme dom anerkjendt krav ikke opfyldes, eller 3) om biydelser knyttede til et forfaldent hovedkrav, som lovlige renter, indtil betaling sker, erstatningskrav udsprungne af det omstridte retsforhold, eller 4) naar der er særlig grund til at befrygte, at skyldneren vil unddrage sig at yde i rette tid. Er kravet ikke endnu forfaldent ved domsafsigelsen, bestemmer dommen den betingelse, hvorunder, eller den tidsfrist, hvorefter fuldbyrdelse kan ske.»

[8] Jfr. Schweigaard II p. 8—9.

Det særegne for fastsættelsessøgsmaalene er, at det, der ellers regelmæssig er grundlaget for et bestemt krav ligeoverfor andre personer, her, løsrevet fra ethvert saadant krav paa, at andre skal gjøre, undlade eller taale noget, umiddelbart gjøres til søgsmaalsgjenstand. Spørgsmaalet om saadanne fastsættelsessøgsmaals tilstedelighed har i vor teori været forskjellig besvaret, men i almindelighed har man troet at maatte trække meget snevre grænser for dem.[9] Til grund herfor synes i første række

[9] Schweigaard II p. 7 ff., til hvem Nellemann l. c. p. 322 ff. i det væsentlige slutter sig, vil foruden i de foran omhandlede tilfælde, hvor fastsættelsessøgsmaalet i virkeligheden er en art fuldbyrdelseskrav, kun i følgende tilfælde anerkjende adgangen til at faa et retsforholds tilværelse fastslaaet: 1) Ved grænsetvistigheder, idet det her vilde være urimeligt, at den ene part skulde have gjort et indgreb over den af modparten som sin paastaaede grænse, for at faa retslig afgjørelse. 2) Ved servituter, forsaavidt angaar søgsmaal til anerkjendelse af saadanne, idet her lignende grunde som under 1) gjør sig gjældende. Derimod forudsætter efter Schweigaard et søgsmaal, som gaar ud paa en eiendoms frikjendelse for en servitut, at nogen i gjerning har anmasset sig en saadan. Lige med servituter vil Schweigaard betragte grundbyrder og overhovedet «enhver ret, der danner en stedsevarende kilde til en sig fornyende fordring paa ydelser, forudsat, at den hviler paa en grund, der tilsteder at betragte den som en særlig formuesgjenstand.» Ved det sidste udelukkes almindelig beskatningsret, tillagt kommune eller stat i henseende til enkelt gjenstand. Derimod gaar vel ind under regelen saadanne rettigheder som en livrente. Derved har man jo i høi grad fjernet sig fra al analogi med servituter; og de for disse anførte grunde passer ikke her. Schweigaards lære har derfor paa dette punkt ikke fundet tilslutning hos Nellemann. — I overensstemmelse med sit udgangspunkt bestrider de nævnte forfattere ogsaa adgangen til negative fastsættelsessøgsmaal, rettede paa at faa dom for, at et retsforhold ophæves, omstødes eller erklæres ugyldigt, naar dermed ikke er forbunden en pligt for modparten til at yde eller foretage noget, eller selve dommen er en betingelse for rettighedens fortabelse (ægteskab opløst, fæste forbrudt o. lign.). En undtagelse herfra vil Schweigaard alene gjøre, forsaavidt der i den paaberaabte ugyldighedsgrund ligger en klage over at være forurettet ved kontraktens stiftelse, saasom at den er bleven til ved tvang eller svig, en undtagelse, som Nellemann finder utilstedelig uden særlig lovhjemmel. Ørsted (Eunomia IV p. 625) antog, at søgsmaal, rettet paa at faa modpartens anerkjendelse af et retsforhold, kunde finde sted, hvor forholdet er af kontraktsmæssig art. — Deuntzer l. c. p. 102 ff. har sluttet sig til den i nærværende skrift fremstillede lære.

at ligge en urigtig opfatning af civilprocessens opgave, idet man gaar ud fra, at denne forudsætter et retsbrud, og at der derfor tiltrænges en positiv lovhjemmel for, at indstevnte skal behøve at finde sig i et søgsmaal, hvor intet retsbrud kan lægges ham til last.[10] Det urigtige i denne opfatning af civilprocessens væsen er allerede godtgjort i § 1. Dens opgave er ikke at reagere mod retsbrud, men at beskytte velgrundede retslige interesser ved at skabe retsvished. Og det forholder sig derfor ikke saa, at fastsættelsessøgsmaalet tiltrænger en positiv lovhjemmel; meget mere er forholdet det, at der maatte kunne paavises en positiv lovbestemmelse for at udelukke et retsbeskyttelseskrav, hvor et velgrundet behov for et saadant er tilstede.

Forsaavidt man særlig har hentet betænkeligheder mod fastsættelsessøgsmaal fra hensynet til indstevntes tarv, bemærkes: Der kan jo, som foran nævnt, under ingen omstændigheder være tale om at gjøre adgangen til sagsanlæg afhængig af, at indstevnte ved sit forhold s u b j e k t i v t har forskyldt processen. Den, der i lovlig handel og vandel i god tro er kommen i besiddelse af en fremmed ting, er aabenbart uden al skyld i, at eieren maa anlægge et vindikationssøgsmaal; og dog maa han utvivlsomt finde sig i et saadant. Men maa man saaledes opgive den begrænsning, der ligger i hensynet til indstevntes subjektive skyld, har man ingen anden praktisk brugbar veiledning end hensynet til de krydsende interessers relative styrke. Og da maa det for indstevntes vedkommende betænkes, at selve den formelle adgang til at anlægge søgsmaal jo er uafhængig af enhver ret eller endog retslig interesse.[11] Det er kun adgangen til at fremkalde en realitetsforhandling om selve retsforholdet, hvorom der her er spørgsmaal. Og her kan det for det første siges, at nødvendigheden af at indlade sig paa en saadan forhandling for indstevnte ikke synes at medføre større byrde end nødvendigheden

[10] I overensstemmelse med denne betragtning tilstedes fastsættelsessøgsmaal, hvor indstevnte ved retsstridigt forhold har givet anledning dertil, f. ex. i det i N. L. 5—1—4 omhandlede tilfælde jfr. note 9.

[11] Jfr. foran p. 3—4.

af at sørge for sit forsvar ved optagelse af bevis angaaende forhold, der kan faa betydning for en fremtidig proces, en bevisoptagelse, hvortil adgangen antages at staa aaben.[12] Men dernæst kan det ikke indrømmes, at en saadan nødvendighed i noget tilfælde indeholder nogen ubillighed mod indstevnte. Enten anerkjender han nemlig vedkommende retsforholds tilværelse; og da gives der dom paa grundlag heraf, uden at indstevnte derved faar større uleilighed end, om søgsmaalet afvistes. Eller han bestrider det; og da vil det alligevel før eller senere blive nødvendigt at faa det retslig fastslaaet. Den interesse, som indstevnte muligens kan have af at vente med denne forhandling, er det da, som bliver at afveie mod den interesse, som sagsøgeren har af at faa forholdet fastslaaet. Og hvor denne sidste interesse virkelig er af retslig natur, synes den første ialmindelighed at maatte vige.

Adgangen til fastsættelsessøgsmaal er ogsaa anerkjendt i retsbrugen.[13]

Forøvrigt bemærkes om fastsættelsessøgsmaalets karakter og vilkaar i det enkelte følgende:

1) Fastsættelsessøgsmaalets grundlag er sagsøgerens interesse af at opnaa retsbeskyttelse, ikke derimod en særlig pligt for indstevnte til anerkjendelse. En saadan pligt lader sig ialfald ikke paavise ved tinglige rettigheder, heller ikke ved de negative fastsættelsessøgsmaal, d. e. hvor sagsøgerens krav er rettet paa at faa et forholds ikke-tilværelse fastslaaet.

Søgsmaalet er heller ikke rettet paa at fremtvinge en anerkjendelse fra indstevntes side,[14] men paa at faa en

[12] Jfr. Schweigaard II p. 13—14; nedenfor § 99.

[13] Se navnlig den i Retst. 1897 p. 11 ff. meddelte dom, der i denne henseende danner et afgjørende præjudikat, og hvis begrundelse (se især p. 11 nederst) ganske stemmer med den i texten udviklede lære. — Udk. til r. l. kap. VIII § 2 indeholder følgende bestemmelse, der stemmer med de nyere proceslove (særlig østerrigsk og tysk): «Har sagsøgeren en retslig interesse af, at et retsforholds eller en rettigheds tilværelse eller ikke-tilværelse, et dokuments ægthed eller uægthed ved dom anerkjendes, kan paastanden gaa ud herpaa, uden hensyn til, om der for tiden til anerkjendelsen kan knyttes noget krav paa en handling eller undladelse.»

[14] Ørsteds foran p. 290 note 9 berørte synspunkt er derfor ikke træffende.

retskraftig fastsættelse af domstolene. Derfor kan heller ikke indstevntes anerkjendelse i og for sig bevirke, at søgsmaalet bliver betydningsløst, og at saaledes indstevnte maa frifindes.[15] Er imidlertid en saadan anerkjendelse før sagsanlægget afgiven angaaende et forhold, hvorover indstevnte har fuld forføiningsret, vil sagsøgeren regelmæssig ikke have nogen interesse af et fastsættelsessøgsmaal, og indstevnte af den grund kunne kræve frifindelse. Er derimod søgsmaalet allerede anlagt, vil en efterfølgende anerkjendelse alene kunne bevirke, at sagsøgeren faar dom overensstemmende med denne.

2) Den regelmæssige gjenstand for fastsættelsessøgsmaalet er et retsforhold. Der kan imidlertid spørges, om der er noget til hinder for at faa fastslaaet en retslig relevant kjendsgjerning. Herfor kan der i flere tilfælde tænkes at være behov. Saaledes kan der knytte sig betydelig retslig interesse til at faa fastslaaet et dokuments ægthed eller uægthed, en arveladers mundtlige testament (jfr. arvelovens § 52), en persons fødsel eller død o. s. v. Disse og lignende kjendsgjerninger har retslig betydning som mulige kilder til en række retsforhold; og det kan være af interesse at faa deres tilværelse fastslaaet ved en retskraftig dom uden alt hensyn til nogen bestemt, deraf udledet retsvirkning. Fastsættelsessøgsmaal af denne art er de i l. 12 oktbr. 1857 §§ 6—9 omhandlede dødsformodningsdomme. Men, bortseet fra disse tilfælde, er fastsættelsessøgsmaal af den her omhandlede art, der ligger udenfor processens egentlige omraade, som en ordning til beskyttelse af retskrav og til fjernelse af uklarhed om retsforholde, fremmede for vor retsbrug; og man tør maaske anse det som mest stemmende med den praktisk herskende opfatning saavelsom med forudsætningen i arvelovens § 53, at behovet for retssikkerhed i saadanne tilfælde sker tilstrækkelig fyldest ved adgangen til at optage retsligt bevis angaaende vedkommende kjendsgjerning,

[15] Jfr. Wach Handb. p 20—1 note 18; sammes Feststellungsanspruch p. 4–5; Trygger Skriftliga bevis p. 16 ff.

medens der ikke er adgang til at kræve dom til fastsættelse af den alene.[16]

De her omhandlede søgsmaals omraade bliver saaledes vistnok at indskrænke til retsforhold. For disses vedkommende kan søgsmaalet rettes ligesaavel paa fastsættelsen af retsforholdets ikke-tilværelse (negative fastsættelsessøgsmaal) som dets tilværelse (positive fastsættelsessøgsmaal). Saaledes kan den, der er bleven tvunget til at underskrive et gjældsbrev, faa fastslaaet, at han ingen forpligtelse har. Den, der har betalt en gjæld, kan efter omstændighederne kræve dom for, at forpligtelsen er ophørt.

3) Betingelse for fastsættelsessøgsmaal er, at sagsøgeren har en retslig interesse af at faa retsforholdet fastslaaet netop nu og netop ligeoverfor den, der er gjort til sagvolder. Heri ligger:

a) Foranledningen til søgsmaalet maa være givet ved et forhold fra sagvolderens side. Det er klart, at man ikke kan drage hvemsomhelst for domstolene for at faa et hvilketsomhelst retsforhold fastslaaet. Foranledningen kan være anmasselse i ord eller gjerning af en beføielse, der strider mod en sagsøgeren tilkommende ret, eller en bestridelse af en saadan ret.[17]

b) Denne bestridelse eller anmasselse maa være egnet til at fremkalde retsusikkerhed for sagsøgeren. Dette kan naturlig kun være tilfældet, hvor sagvolderen staar i et eller andet forhold til den rettighed, der er søgsmaalets gjenstand. Om en udenforstaaende tredjemand bestrider en fordrings tilværelse, er regelmæssig uden betydning; anderledes forholder det sig derimod, hvis det er skyldneren, fra hvem bestridelsen udgaar, eller hvis det er en tredjemand, der paastaar, at fordringen ikke til-

[16] Jfr. den i Retst. 1838 p. 637 meddelte dom, hvorved edelig benegtelse af en underskrifts ægthed tilstedtes. — Den i note 13 citerede bestemmelse i udk. til r. l. tilsteder, som det vil sees, søgsmaal, rettede paa at faa et dokuments ægthed fastslaaet. Jfr. iøvrigt om et videre omraade for fastsættelsessøgsmaal Planck Lehrbuch II p. 17.

[17] Jfr. Retst. 1892 p. 41 ff. (især p. 44); 1897 p. 11 ff.; jfr. ogsaa Ugebl. for lovk. V p. 379.

hører sagsøgeren, men ham. At sagsøgerens eiendomsret bestrides af en person, der ikke staar i nogetsomhelst forhold til tingen, skaber intet grundlag for et fastsættelsessøgsmaal; men vel kan et saadant efter omstændighederne være begrundet, naar hans eiendomsret fornegtes af den, der besidder tingen. At en persons arveret bestrides af fremmede, er ligegyldigt, men ikke, at den bestrides af personer, der — enten som intestat- eller som testamentsarvinger — selv gjør paastand paa at være arvinger. Paa lignende maade stiller forholdet sig ved familierettigheder.

Det negative fastsættelsessøgsmaal maa være grundet paa, at sagvolderen for sig hævder kravet paa en rettighed, der er i strid med sagsøgerens retsstilling (paastand fra sagvolderens side paa at være søn eller ægtefælle, paastand paa en servitut over sagsøgerens eiendom, paa et obligatorisk krav paa ham, paa at være eier af en fordring, som tilkommer sagsøgeren o. s. v.).

c) Den ved sagvolderens forhold forvoldte retsusikkerhed maa være egnet til at fremkalde en aktuel ulempe for sagsøgerens stilling i det retslige samkvem (hindring mod rettighedens afhændelighed,[18] betydning for sagsøgerens kredit — man tænke f. ex. paa det tilfælde, at der er begjæret konkurs over sagsøgeren, og at beviset for hans solvens afhænger af, at han kan legitimere sig som kreditor efter en bestridt fordring —, for hans sociale stilling saasom ved familieforhold).

At betingelserne for et fuldbyrdelsessøgsmaal er tilstede, kan neppe antages at udelukke et fastsættelses-

[18] Jfr. til belysning følgende tilfælde fra praxis (se Hambro Byretsdomme nr. 1863) i hvilket retten iøvrigt, ledet af en urigtig doktrin om adgangen til fastsættelsessøgsmaal, negtede et saadant: I et skjøde var indtaget følgende klausul: «Sælgeren eller efterkommende eiere skal være uberettigede til at bebygge eller beplante den solgte eiendoms vestside, regnet fra udhusbygningernes nordre ende til sagfører E.s eiendom, saaledes at hus og have betages udsigt.» Sælgerens eftermand paastod, at denne klausul ikke hindrede enhver bebyggelse, men kun bygværker af en vis høide, medens kjøberens eftermand paastod, at den medførte pligt til at undlade al saadan. Det var i tilfældet klart, at den paastaaede bebyggelsesret i høi grad forringede salgsværdien af sagsøgerens eiendom.

søgsmaal, hvis sagsøgeren finder at kunne nøie sig hermed.[19]

I følgende tilfælde aabner lovgivningen adgang til fastsættelsessøgsmaal, hvorved eiendomsret fastslaaes ikke blot — som i de almindelige tilfælde — ligeoverfor bestemt tredjemand, der bestrider den, men ligeoverfor alle:

1) Efter l. 6 marts 1869 § 12 kan den, der i hævdstid som eier, men uden tinglyst adkomst har besiddet fast eiendom, der enten er særskilt matrikuleret eller som kjøbstads- eller ladestedsgrund er opmaalt og antegnet i byens eller ladestedets matrikel, paastaa sig ved dom kjendt eiendomsberettiget til samme, naar han ved stevning, forkyndt paa en i lovens § 7 nærmere beskreven maade har indkaldt enhver, som maatte formene at have bedre ret eller adkomst til eiendommen, uden at nogen derefter har mødt og bevisliggjort saadan adkomst.

2) Efter lov om registrering af skibe 4 mai 1901 § 34 kan den, der i skibsregistret staar anført som eier af skib eller skibspart, opnaa ved dom at faa fastslaaet sin eiendomsret ved en i paragrafen nærmere ordnet rettergang, der indledes med en stevning, rettet til enhver, der mener sig at have en bedre ret til skibet eller parten.

I disse tilfælde har fastsættelsesdommen paa grund af sin almindelige virkning karakteren af et extinktivt erhverv, hvorfor den anførte § 34 i l. 4 mai 1901 ogsaa paalægger domhaveren erstatning, naar det viser sig, at en anden er bedre berettiget.

§ 58.

HVORVIDT DET RETSKRAV FOR HVILKET DER SKAL KUNNE ERHOLDES DOM MAA VÆRE BEGRUNDET ALLEREDE VED SAGSANLÆGGET.

Forskjelligt fra det i foregaaende paragraf omhandlede spørgsmaal er det, hvorvidt det er nogen betingelse for at faa dom for et retskrav, at dette allerede var begrun-

[19] Jfr. dog om en afgjørelse i modsat retning af den tyske rigsret. Schollmeyer Archiv f. die civ. Praxis bd. 76 p. 441.

det, da sagen anlagdes. Dette spørgsmaal har samme principielle betydning for fuldbyrdelses- som for fastsættelsessøgsmaal: Kan en sagsøger, der paastaar exigibel dom for en som forfalden paastevnt gjældsfordring, faa en saadan dom, uagtet fordringen først forfalder under sagen (mærk f. ex. det ikke sjeldne tilfælde, at en fordring, der først forfalder paa anfordring, indtales, uden at nogen saadan er gaaet forud)? Kan en sagsøger, der paastaar fastsættelse af en servitut eller af en eiendoms frihed for en saadan, faa dom, uagtet servituten først er opstaaet, henholdsvis ophørt under processen?

Fra almindeligt processuelt synspunkt er der neppe grund til at besvare dette spørgsmaal benegtende. Fastholder man, at processen ikke har sin grund i noget retsbrud fra sagvolderens side, men i sagsøgerens behov for retsbeskyttelse, kan det heller ikke i den her omhandlede henseende tillægges afgjørende betydning, om sagsøgeren har skredet til sagsanlæg, uden at sagvolderen dertil har givet anledning, idet dette moment naturligst alene tillægges betydning ved omkostningsspørgsmaalets afgjørelse.[1] For den positive norske rets vedkommende synes det dog tvivlsomt, om ikke et andet resultat flyder af reglerne om forligsmægling.[2] Det kan nemlig med føie siges, at det ikke kan forlanges af sagvolderen, at han skal indlade sig paa noget forlig om et retskrav, der ikke existerer, og at den hele forligsmægling bliver en tom handling uden realitet, naar dens gjenstand først bagefter faar tilværelse. Dette synspunkt skulde da lede til, at retten i et saadant tilfælde *ex officio* maatte afvise sagen, fordi den ingen gyldig forligsmægling var prøvet om søgsmaalsgjenstanden.

[1] Jfr. ogsaa Wach Handbuch I p 20, note. Trutter Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte (1890) p. 256—7 sondrer, eftersom det blot er det reiste retskrav eller selve det retsforhold, hvoraf dette udledes, der ikke bestod, da sagen anlagdes, og vil kun i første, men ikke i sidste tilfælde tilstede realitetsafgjørelse, naar mangelen afhjælpes under sagen. Men denne sondring synes ikke at besidde tilstrækkelig principiel berettigelse.

[2] Jfr. Ørsted Archiv for retsvidenskab II p. 421—2; Faith Juridiske afhandlinger I p. 265 ff. (især p. 289); Nellemann Alm. del p. 327.

Saa bindende end denne slutning kan synes at være, er det dog tvivlsomt, om man bør strække konsekvenserne af forligelsesinstitutet til denne yderlighed. Der vil derved i virkeligheden intet andet opnaaes end en unødig besværliggjørelse af sagsøgerens retsforfølgning, hvorved — i strid med forligelsesinstitutets egentlige øiemed — i regelen processerne vil forfleres. Særlig urimeligt vil forholdet stille sig, hvor sagvolderen ved en dispositiv erklæring under sagen erkjender det reiste krav. Kan intet andet grundlag end denne anerkjendelse paavises, er kravet først at anse som begrundet under sagen; og søgsmaalet skulde da efter den her omhandlede regel afvises. I vor retspraxis er neppe denne formalistiske betragtningsmaade bleven herskende.[3] Det bør vistnok opstilles som regel, at kravets berettigelse saavel i henseende til begrundelse som i henseende til ophør bedømmes efter de forhold, der foreligger ved sagens optagelse til dom, ikke efter de ved sagsanlægget forhaandenværende[4].

§ 59.

UDSTYKNING AF SØGSMAALSGJENSTANDEN.[1]

Det er allerede i § 54 paavist, at, hvad der undergives paadømmelse i den enkelte proces, ikke nødvendigvis er alle de af et retsforhold eller en retsstiftende kjendsgjerning udspringende retsfølger. Man kan ogsaa udtrykke denne sætning saaledes, at der af en søgsmaalsgrund under den enkelte sag kan gjøres en begrænset anvendelse. Herved opstaar nu det spørgsmaal, om der er nogen grænse for sagsøgerens adgang til at fordele de af

[3] Jfr. Retst. 1886 p. 488: Arvinger reiser et paa aasædesret grundet krav, medens faderen endnu lever. Under processen dør denne og arvingernes krav tages tilfølge. Se ogsaa Hambro Byretsdomme nr. 1866.

[4] Denne regel befølges dog ikke af Kristiania byret i tilfælde af indstevntes udeblivelse; se Hambro l. c. nr.ne 1864—5 og 1867—9; Retst. 1895 p. 656.

[1] Nellemann Alm. del § 41; Deuntzer § 20, jfr. Schweigaard II p. 74—5; O. Platou Prøveforelæsninger p. 7, se ogsaa Hallager Obligationsrettens alm. del § 33; Hambro Byretsdomme nr.ne 1870—3.

en søgsmaalsgrund udspringende paastande paa flere forskjellige sager.

Dette spørgsmaal om den processuelle adgang til udstykning af søgsmaal maa ikke forvexles med spørgsmaalet om sagsøgerens materielle ret til hos sin skyldner at kræve en stykkevis opfyldelse af dennes forpligtelse. Det sidste bliver at besvare i civilretten. Kun det første vedkommer processen.[2]

I almindelighed har det været lært, at en vilkaarlig udstykning af procesgjenstanden ikke er processuelt tilstedelig.

For denne lære er det imidlertid ligesaa vanskeligt at finde a) en fyldestgjørende begrundelse som b) en tilfredsstillende begrænsning.

a) Hvad regelens begrundelse angaar, mærkes: Den kan ikke grundes paa læren om dommes retskraft

[2] Paa en materielretslig, ikke processuel betragtning beror Deuntzer's udtalelse l. c. p. 106, at «det ikke behøver særlig lovhjemmel, at en kreditor ikke for en domstol kan paastaa noget, som ikke svarer til, hvad han udenfor domstolen kan kræve» Det er, som før paavist se p. 3—4), ingen processuel betingelse for et søgsmaal, at sagsøgeren skal have den materielle ret paa sin side At D.s begrundelse er af civilretslig, ikke af processuel art, viser sig ogsaa deri, at den uberettigede udstykning efter hans lære (p. 107) ikke leder til sagens afvisning (jfr. nærv. paragrafs slutning), men til indstevntes frifindelse for tiden. — Et civilretsligt synspunkt er ogsaa det, der gjøres gjældende af Schweigaard l. c., naar han af sagsanlæg angaaende en del vil udlede en renunciation paa det resterende En saadan fortolkning af sagsanlægget er forøvrigt ikke i almindelighed berettiget. Kun i enkelte tilfælde vil man have ret til at antage, at der foreligger en saadan, saasom naar et krav i sig selv er af ubestemt størrelse eller dets beløb omstridt, og sagsøgeren uden forbehold paastevner et bestemt beløb. Den, der f. ex. indtaler 100 kr. for et udført arbeide, hvis pris ikke paa forhaand var aftalt, maa derved antages at have tilkjendegivet, at han kun vil fordre 100 kr. for sit arbeide; og han kan ikke, naar intet forbehold er taget, under en senere sag indtale yderligere 100 kr. — Det i teorien opstillede forbud mod udstykning af søgsmaal er forøvrigt ingenlunde ment at skulle være indskrænket til de tilfælde, hvor en saadan renunciation kan paavises. Var det tilfældet, maatte regelens anvendelse kunne udelukkes ved et af sagsøgeren taget forbehold, hvilket man med føie ikke vil tilstede: ti derved vilde regelens betydning for indstevnte, i hvis interesse den væsentlig er opstillet, blive fuldstændig illusorisk.

Som i en senere paragraf vil blive paavist, afgjør en dom aldrig retsforholdet i videre udstrækning. end det af parterne selv er bragt under paakjendelse. I enkelte tilfælde vil vistnok et krav være afskaaret paa grund af dets sammenhæng med et andet krav, der i en tidligere sag er bleven sagsøgeren frakjendt; saaledes vil en dom, der frakjender sagsøgeren kapital, *eo ipso* ogsaa frakjende ham renter af den. Men man vil aldrig kunne sige, at en dom, der tilkjender sagsøgeren kapitalen, har frakjendt ham renter, hvilket vilde være, hvad den her omhandlede processuelle regel vilde medføre.

Man kan heller ikke med føie gjøre gjældende, at en udstykning af søgsmaalsgjenstanden paa flere processer skulde være utilstedelig efter analogien af, hvad der gjælder om utilstedeligheden af gjentagen proces om samme sag, idet det samme synspunkt, nemlig at staten ikke uden nødvendighed yder retshjælpen mere end en gang, skulde finde anvendelse i begge tilfælde.[3] Ti dette synspunkt kan under ingen omstændigheder føres ud til den konsekvens, at alle sager mellem samme parter, der bliver at afgjøre paa samme grundlag, skal forenes. Det har ingen direkte anvendelse og er overhovedet ikke praktisk gjennemførligt, uden hvor det, sagsøgeren i den nye sag forlanger, er identisk med det, han i den tidligere har faaet paadømt.

Men kan regelen saaledes ikke udledes af almindelige grundsætninger, maa den tydeligvis opfattes som en ganske positiv forskrift om en retsfortabelse for sagsøgeren som følge af, at han ikke har forfulgt sin ret paa den rigtige maade. Men en saadan forskrift kan ikke opstilles uden positiv lovhjemmel; og den findes ikke i vor gjældende lovgivning. Meget mere forudsætter denne selv muligheden af en spaltning af samme krav paa to processer; se l. 8 mai 1869 § 1 i. f. jfr. § 14, c om det tilfælde, at en del af et krav anvendes til kompensation i en sag og en anden del særskilt indtales i en anden.[4]

[3] Nellemann l. c p. 335.

[4] At den her bestridte regel konsekvent maatte lede til, at en saadan spaltning var utilstedelig, se Nellemann l. c. p. 338.

Kun i én anvendelse kjender vor gjældende ret en sand processuel konsumtion, nemlig forsaavidt angaar de ved selve processen begrundede akcessoriske retskrav (procesrenter, procesomkostninger), der kun kan indtales i forbindelse med selve hovedsagen, og som derfor bortfalder, naar dette er forsømt.[5]

Heller ikke kan det indrømmes, at regelen legislativt er paakrævet ved hensynet, være sig til det offentlige eller til sagvolderen. Den stærkeste støtte for den her bestridte lære hentes fra de lovsteder, der i visse tilfælde gjør domstolenes virkekreds afhængig af, at sagen angaar et bestemt beløb (jfr. om forligelseskommissionernes domskompetens l. 8 mai 1869 § 1 og for appeldomstolene reglerne om *summa appellabilis*), idet det kan siges, at det ikke bør staa i sagsøgerens magt ved en vilkaarlig fordeling af en fordring paa flere sager at forrykke denne kompetensafgrænsning.[6] Herved maa imidlertid bemærkes, at de hidhørende lovsteder kun knytter sine regler til størrelsen af den paastand, der under den enkelte sag nedlægges uden at give retten nogetsomhelst middel til at kontrollere, om denne paastand er alt, hvad sagsøgeren paa det givne grundlag kan fordre, eller om han ikke enten allerede i en tidligere sag har faaet sig tilkjendt eller under en senere sag vil nedlægge paastand paa at faa sig tilkjendt en anden del af fordringen. Rettens adgang til at haandhæve regelen vil i ethvert fald afhænge af de oplysninger, som parterne fremskaffede.

Det maa derhos erindres, at den interesse, der for det offentlige knytter sig til de heromhandlede bestemmelser, mere gaar i retning af at hindre, at der for de ordinære retter bringes ind sager, der kunde have været afgjorte af forligelseskommissionen, eller at appelinstanserne bebyrdes, end i den omvendte retning. Der er heller ikke synderlig fare for, at sagsøgeren skal finde det stemmende med sin interesse at unddrage kravet fra de almindelige domstole eller fra appellabilitet.

[5] Se Anden del § 226 (p. 493—4).

[6] Jfr. Deuntzer Den extraordinære civilproces p. 78—9; Nellemann l. c. p. 336.

Der kan saaledes ikke til støtte for regelen anføres afgjørende grunde, hentede fra hensynet til det offentlige. Hvad hensynet til sagvolderen angaar, er den betragtning, der fremstiller sig, at han vil kunne paaføres forøget forsvarsbyrde ved, at sagen spaltes, hvortil kommer, at hans stilling vil kunne blive processuelt forskjellig, eftersom en fordring indtales under ét eller spaltes paa flere sager (saaledes ifølge de foran nævnte regler om forligelseskommissionernes domskompetens, om *summa appellabilis*). Men herved maa det bemærkes, at han vil have det i sin magt at afværge de heraf muligens opstaaende ulemper, naar man anerkjender adgangen til negative fastsættelsessøgsmaal. Sagvolderen vil nemlig da i alle tilfælde, hvor sagsøgeren indtaler en del af et mere omfattende krav, kontrasøgsmaalsvis[7] kunne bringe dette i sin helhed under paakjendelse. Derved vil han da ogsaa kunne undgaa den ubillighed, at sagsøgeren i tilfælde, hvor et kravs størrelse er omtvistet, ved søgsmaal tvinger sagvolderen til at betale den uomtvistede del og forbeholder sig senere at procedere om den omtvistede.[8]

b) Med hensyn til regelens rækkevidde er det en tungt veiende betænkelighed, at det saa vanskeligt lader sig bestemme, i hvilke tilfælde en utilbørlig deling af sammenhængende krav skal kunne siges at have fundet sted. Man synes her nærmest at have havt for øie det tilfælde, at af en enkelt retsstiftende kjendsgjerning (f. ex. et laan, et salg) udsprungen, forfalden gjældsfordring indtales i flere søgsmaal. Men til dette tilfælde kan regelen ikke indskrænkes, hvis den skal faa nogen juridisk holdning. Meningen synes ogsaa at være at udstrække den til saadanne tilfælde, hvor det ene krav danner et akcessorium til det andet (renter i forhold til kapital, frugter i forhold til hovedtingen). Men herved er man inde paa en vei, hvor optrækningen af en klar og let anvendelig regel er umulig. Man kan ikke i noget tilfælde kræve, at alle af et og samme retsforhold (f. ex. et leie-

[7] Jfr. nedenfor § 62.

[8] Sagvolderens paastand vil her kunne rettes paa at blive frifunden for det hele krav mod at betale den del, han erkjender at skylde.

eller interessentskabsforhold) udspringende krav nødvendigvis skal indtales i samme sag, forsaavidt dertil er anledning, ja end ikke, at alle af samme retsstiftende kjendsgjerning udspringende retsfølger (erstatning, mortifikation, straf som følge af en ærekrænkelse) skal undergives samlet paadømmelse. Men kan man saaledes ikke lægge den afgjørende vægt paa udspringets identitet, bliver i virkeligheden afgjørelsen af, om tvende krav skal ansees sammenhængende i den her omhandlede forstand, væsentlig skjønsmæssig og derfor let vilkaarlig, hvilket er saa meget betænkeligere i en anvendelse, hvor regelens ikke-befølgelse kan medføre betydelige retstab for vedkommende.

Er saaledes regelens rækkevidde uklar, forsaavidt betingelserne for dens anvendelse angaar, er det samme i ikke mindre grad tilfældet, forsaavidt angaar spørgsmaalet om virkningerne af, at regelen ikke er overholdt. Enkelte[9] synes at tænke sig forholdet paa følgende maade: Har sagsøgeren foretaget en uberettiget spaltning af søgsmaalet, kan sagvolderen opfordre ham til at fremkomme med samtlige sammenhængende krav. Efterkommer sagsøgeren ikke denne provokation, ansees de ikke medtagne krav som bortfaldne. Denne opfatning nærmer sig, som det vil sees, i det praktiske resultat ikke lidet den her forfegtede, kun, at den sidste anviser sagvolderen ved en benyttelse af de processuelle regler selv at give søgsmaalet den ønskede udstrækning, medens den første opstiller en pligt for sagsøgeren til at udvide sit søgsmaal, der indeholder noget singulært og derfor tiltrænger positiv begrundelse.

Andre synes at opfatte regelen derhen, at der ved anhængiggjørelsen af søgsmaalet i dets begrænsede skikkelse foregaar en komsumtion af det hele krav, der bevirker, at indstevnte kan forlange frifindelse for et senere søgsmaal, rettet paa de i det første ikke medtagne krav. I denne form vil regelen faa en vidtrækkende materielretslig karakter.

Nærmest stemmende med regelens processuelle karak-

[9] Se Nellemann l. c. p. 338—9.

ter vilde det vistnok være, at sagvolderen kunde kræve delsøgsmaalet afvist.[10]

§ 60.

OM BETYDNINGEN AF AT DER FOR SAMME PAASTAND KAN ANFØRES FLERE AF HINANDEN UAFHÆNGIGE SØGSMAALSGRUNDE (SØGSMAALSKONKURRENS).[1]

I mange tilfælde vil forskjellige retsforhold eller forskjellige kjendsgjerninger kunne lede til samme paastand. Man taler her om konkurrens af søgsmaal (*actiones*).

Til rigtig afgrænsning af de hidhørende tilfælde er det nødvendigt at holde ud fra hinanden de forhold, hvor kun paastanden — det, der i tilfælde søges fuldbyrdet ved tvang — er den samme, medens de retskrav, hvoraf paastanden er et udflod, i virkeligheden er forskjellige, og de forhold, hvor selve retskravene er identiske. Det første er f. ex. tilfældet, hvor paastand paa udlevering af en individuel gjenstand grundes saavel paa et kjøb (*actio emti*) som paa eiendomsret (*rei vindicatio*).[2] Det sidste vil være tilfældet, hvor et vindikationssøgsmaal kan grundes saavel paa hævd som paa en derivativ erhvervelse (f. ex. en legatarisk disposition). Her er retskravet identisk, nemlig et af eiendomsret udledet krav, idet denne ret ikke bliver forskjellig, eftersom den grundes paa den ene eller anden erhversgrund. I dette sidste tilfælde vil det, som i et senere afsnit nærmere vil blive paavist, flyde af reglerne

[10] Saaledes Hambro l. c. nr. 1870 og 1872. — Saaledes ogsaa den ældre tyske procesteori. Jfr. om den romerske *exceptio litis dividuæ Gaj.* IV §§ 56 og 122; Schollmeyer i Arch. f die civ. Praxis bd. 76 p 466-7. I nyere tid er læren om utilstedeligheden af delsøgsmaal i den tyske teori almindelig opgivet; jfr. Bähr Rechtsfälle p. 168; Wach Feststellungsanspruch p 62—3 med note 109; Kloeppel Einrede der Rechtskraft p. 131; Muskat i Zeitschr. f. deutschen Civilprozess XII; Schollmeyer l. c. p. 482 ff.

[1] Jfr. Hagerup i Retst. 1885 p. 277 ff.

[2] Et saadant tilfælde meddeltes for nogen tid siden i dagspressen: En bykommune, der havde kjøbt et stykke jord, sagsøgte sælgerens arvinger til kjøbets opfyldelse. Senere kom man til kundskab om, at kommunen fra gammel tid af havde været eier af vedkommende grundstykke.

for dommes retskraft, at de forskjellige søgsmaalsgrunde ikke kan gjøres gjældende i flere forskjellige søgsmaal, med mindre nogen af søgsmaalsgrundene først er opstaaet efter dommen. Denne udtaler sig nemlig afgjørende om, hvorvidt rettigheden paa den tid, da dommen afsiges, tilkommer eller ikke tilkommer sagsøgeren.

Hvor derimod de til samme paastand ledende forskjellige søgsmaalsgrunde i virkeligheden er udtryk for forskjellige retskrav, vil ikke reglerne for dommes retskraft lede til, at en dom angaaende den ene søgsmaalsgrund definitivt afskjærer adgangen til i en ny sag at gjøre den anden gjældende.[3] Dommen afgjør nemlig ikke paastanden som saadan *in abstracto*, men det reiste retskrav, det er paastanden i dens forhold til det konkrete retsforhold, hvorpaa den i den enkelte sag bygges.

Heller ikke lader det sig sige, at den, der kun gjør den ene af flere til samme paastand ledende søgsmaalsgrunde gjældende, derved stiltiende frafalder de øvrige.[4] Man er ganske uberettiget til i almindelighed at tillægge sagsøgeren den hensigt at opgive sin ret. Bortseet fra de tilfælde, da sagsøgeren ikke ved den første sags anlæg var vidende om de øvrige søgsmaalsgrunde, eller hvor disse er efterfølgende — i hvilke tilfælde man under alle omstændigheder maatte tilstede deres anbringelse i en ny sag — er der forskjellige grunde, der kan have ledet sagsøgeren til ikke at medtage alle søgsmaalsgrunde i samme sag, saaledes manglende oplysninger til bedømmelse af dens betydning og rækkevidde eller — hvad vel hyppigst vil være tilfældet — den antagelse, at den anvendte søgs-

[3] Se derimod Bang og Larsen p. 531 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 921 ff.; Mundt Om dommes retskraft p. 74 ff.; Deuntzer Civilproces p 337—8 jfr. p. 108. Jfr. den i Retst. 1890 p. 469 meddelte sag, hvor overretten havde befulgt denne lære, medens høiesteret synes at have forkastet den (se især udtalelserne p. 473), om end dommen ikke er noget ganske rent præjudikat. Jfr. ogsaa Retst. 1839 p. 300, 1876 p. 409.

[4] Dette antages af Schweigaard II p. 76 ff., som i overensstemmelse hermed tillægger et ved den første sags anlæg truffet forbehold virkning. Jfr. ogsaa proceslovudk. 1868 kap. 21 § 36 og motiverne dertil p. 277. Se derimod Getz Prøveforelæsninger p. 9.

maalsgrund vil være tilstrækkelig til at begrunde paastanden, og at det saaledes er overflødigt at medtage flere.

Men kan der saaledes hverken af reglerne om dommes retskraft eller om renunciation udledes nogen regel om, at sagsøgeren nødvendigvis maa kumulere flere søgsmaalsgrunde i samme sag, er det forgjæves at søge efter nogen processuel begrundelse for en saadan regel.[5]

Der kan efter vor ret om konkurrerende søgsmaalsgrunde (samme domspaastand, men forskjellige retskrav) opstilles væsentlig de samme sætninger, der gjaldt efter den senere romerret:[6]

1) Sagsøgeren har frit valg, om han vil gjøre flere konkurrerende søgsmaalsgrunde gjældende paa en gang i samme sag eller i flere særskilte sager.

2) Adgangen til at opnaa noget ved nyt søgsmaal paa nyt grundlag lukkes først ved, at sagsøgeren gjennem det tidligere søgsmaal har opnaaet, hvad han havde at kræve. Isaafald kan indstevnte i det nye søgsmaal paastaa sig frifunden, hvorimod sagen ikke kan afvises, da der ikke klæber nogen processuel feil ved den. At der allerede er anlagt sag paa en søgsmaalsgrund, hindrer ikke, at der samtidig anlægges en anden sag med samme paastand paa nyt grundlag. Indstevnte har ikke i saa tilfælde i den ene sag nogen *exceptio litis pendentis* paa grund af den anden.[7] Ti dommen i den ene sag berører ikke dommen i den anden. Det er først dommens opfyldelse eller tvungne fuldbyrdelse, som faar indflydelse.

[5] Vistnok vil adgangen til at gjøre forskjellige søgsmaalsgrunde, ledende til samme paastand, gjældende i forskjellige sager kunne bevirke en spaltning, som kan være ubeleilig for indstevnte; men paa den anden side vil en saadan regel som den her bekjæmpede lettelig kunne lede til, at sagsøgeren finder sig foranlediget til at fremkomme med en hel række angrebsmidler, som maaske foranlediger vidtløftig procedyre og tvinger indstevnte til vidtløftigt forsvar, og som tilslut viser sig ørkesløse. Det maa ogsaa erindres, at sagsøgeren selv er mest interesseret i, at han ikke maa gaa igjennem en række processer for at faa, hvad han søger. Og hans egen interesse vil derfor naturligst være det afgjørende for, hvad der bør medtages, og hvad ikke.

[6] Se Savigny System des heutigen römischen Rechts V §§ 231—6; Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten p. 264 ff.; jfr. ogsaa Unger Oesterreichisches Privatrecht II § 117.

[7] Saaledes ogsaa Unger l. c. note 24 a; Planck l. c. p. 293—4.

3) Har sagsøgeren med det ene søgsmaal kun opnaaet en del af det, hvorpaa han ifølge en anden søgsmaalsgrund har krav, kan han benytte den sidste til indtale af resten.

§ 61.

FORENING AF FLERE RETSKRAV I SAMME PROCES. a) PAA SAGSØGERENS SIDE (OBJEKTIV SØGSMAALSKUMULATION).[1]

En forening af flere søgsmaal under en retssag kan forekomme 1) ved den subjektive søgsmaalskumulation, hvorom er talt i § 46, 2) ved, at sagsøgeren mod samme sagvolder gjør en flerhed af retskrav gjældende (objektiv søgsmaalskumulation), 3) ved, at sagvolderen gjør modsøgsmaal gjældende mod sagsøgeren. Dette sidste forhold skal omhandles i næste paragraf, medens den objektive søgsmaalskumulation udgjør stoffet for nærværende paragraf.

I. Betingelserne for en saadan er naturligvis, at samme domstol er kompetent i alle sager.

Som yderligere betingelse har man krævet, at de forskjellige retsforhold, der gjøres til gjenstand for behandling under en sag, enten har fælles udspring eller er ensartede eller samtlige rettede paa penge eller andre komputable gjenstande.[2] Denne indskrænkning er dog

[1] Schweigaard I § 58; Nellemann Alm. del § 42, II; se forøvrigt citaterne ved § 46.

[2] Jfr. som udtryk for denne opfatning bl. a. proceslovudkastet af 1868 kap. 9 § 1: «Alle retskrav, der har sin oprindelse fra samme handling, begivenhed eller forhold mellem samme parter, kunne uden hensyn til, hvad de gaa ud paa, gjøres gjældende under én sag» og § 2 a: «Det samme gjælder, om kravene end have forskjellig oprindelse, saafremt de samtlige ere ligeartede eller gaa ud paa gjenstande af samme beskaffenhed.» Disse sætninger angives i motiverne (se p. 148) at udtale, hvad der nu er gjældende. Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 1874—5. — Udkast til r. l. kap. VIII § 4 indeholder derimod følgende bestemmelse: «Flere krav mod samme indstevnte kan af sagsøgeren gjøres gjældende i én sag, selv om de ikke staar i nogen indbyrdes forbindelse, naar reglerne om værneting og procesmaade derfor ikke er til hinder.» Retten kan imidlertid efter kap. IX § 10 anordne særskilt forhandling af de flere krav, naar dette findes hensigtsmæssigt.

ganske selvlavet og vilkaarlig. Noget positivt lovbud vedkommende den objektive kumulation haves ikke, saaledes som for den subjektive kumulation i reskr. 3 januar 1755. Vi har da kun at holde os til, hvad der kan udledes af almindelige processuelle forskrifter. Med hensyn hertil maa det vistnok indrømmes, at reglerne om sagens hurtigst mulige fremme er givne ligemeget i sagvolderens som i sagsøgerens interesse. Og hermed vilde det staa i strid, om sagsøgeren paa forhaand kunde umuliggjøre den enkelte sags nogenlunde hurtige tilendebringelse ved at kumulere den med andre ganske uvedkommende.[3] Denne betragtning leder imidlertid ikke til at tilstede kumulation, blot fordi sagerne er ensartede eller rettede paa komputable gjenstande. Ti dette er aldeles ingen maalestok for, i hvilken grad det ene søgsmaal vil virke forsinkende paa det andet; forskjellige gjældssager kan meget vel i henseende til bevisligheder etc. kræve en saa forskjellig procedyre, at deres kumulation vil frembyde langt flere betænkeligheder end i andre tilfælde kumulation af en gjælds- og en vindikationssag. Skulde den ovenanførte betragtning faa sin fulde vægt, maatte den enten lede til, at kumulation kun tilstedtes, hvor de flere sager i henseende til sin oprindelse var konnexe, i hvilket tilfælde saavel hensynet til sagsøgeren som sandsynligheden af, at en fælles procedyre vilde være mulig, taler for deres sammendragning; eller man maatte, saaledes som i regelen er tilfældet i de mundtlige systemer,[4] og som forholdet var i den romersk-tyske proces, overlade til dommeren i hvert enkelt tilfælde at afgjøre, om sammendragningen vil medføre forhaling, forøget besvær eller større omkostninger for sagvolderen. Men begge disse maader at indskrænke adgangen til kumulation ligger ganske udenfor retningen af vor retspraxis. Og har denne først gaaet saa vidt som til at til-

[3] De af Schweigaard I p. 227 fra retssportler og lignende offentligretslige hensyn hentede grunde er af liden vægt og er heller aldrig tillagt saadan; ellers maatte dommeren *ex officio* have at paase overholdelsen af kumulationsreglerne, hvilket aldrig har været antaget; jfr. Nellemann l. c. p. 340.

[4] Jfr. den i note 2 citerede bestemmelse i udk. til r. l. kap. IX § 10.

stede ubegrænset kumulation af alle pengesager[5] eller ensartede sager, er der ingensomhelst holdning i at blive staaende herved, saameget mindre som grænsen vilde blive ganske vag og flydende, idet det umulig kan bestemmes ved nogen almindelig regel, hvad der skal siges at være ensartet, hvilket derfor maatte blive at afgjøre af dommeren ved et ofte temmelig vilkaarligt skjøn. Det synes da at være det eneste konsekvente at tilstede enhver art objektiv kumulation, naar kun rettens kompetens ingen hindring stiller.[6]

II. Hvad virkningerne af kumulationen angaar, er hovedsynspunktet her som ved den subjektive kumulation, at den ene sag ingen retslig indflydelse faar paa den anden.[7] Hvis den ene sag er undergiven særlig begunstigende regler med hensyn til behandlingen (f. ex. vexelsager), maa de ordinære civilprocesregler følges for begge.[8] Dog synes der ikke at være noget til hinder for, at de i henseende til forligsprøve og stevnemaal følger særskilte regler, saa at f. ex. forligsmægling i vexelsagen kan finde sted ved retten, om sagen ikke har været medtaget i forligelseskommissionen.

Betydningen af adgangen til kumulation vil væsentlig bestaa i besparelse i retssportler, adgang til at behandle sagerne i fælles indlæg, føre vidner fælles o. s. v.

[5] Denne praxis har ikke, som Schweigaard l. c. mener, støtte i høiesteretslovens § 6, ti dette lovsted forudsætter kun, at sagerne er kumulerede, noget, som altid kan ske med begge parters samtykke.

[6] Saaledes ogsaa Nellemann l. c. p. 353. Nogen dom, der skulde stride herimod, vides ikke at foreligge. Den af Schweigaard I p. 229 anførte dom i Retst. 1856 p. 822 ff. tilsteder kumulation. Til belysning af praxis kan fra nyere tid mærkes Retst. 1899 p. 187; 1901 p. 19.

[7] Om ansvar for procesomkostningerne se dog Anden del § 226, note 19.

[8] Jfr. proceslovudkastet af 1868 kap. 9 § 2 a i. f., jfr. motiverne p. 149—50.

§ 62.

FORENING AF FLERE RETSKRAV I SAMME PROCES.
b) MODSØGSMAAL.[1]

1. Modsøgsmaal (kontrasøgsmaal) foreligger, naar sagvolderen gjør gjældende et retskrav ligeoverfor sagsøgeren med paastand paa at faa dom for dette. Ved dette sidste moment adskiller modsøgsmaal sig fra de tilfælde, hvor sagvolderen gjør en selvstændig rettighed gjældende som indsigelse (retsforfølgende indsigelse), saasom hvor han ligeoverfor et vindikationssøgsmaal paastaar sig frifunden paa grund af en ham tilkommende pante- eller leieret, eller hvor han ligeoverfor et gjældssøgsmaal fremsætter kompensationsindsigelse.[2] Ogsaa i saadanne tilfælde bringer han vistnok et selvstændigt retskrav under paakjendelse, men kun til afværgelse af hovedsøgsmaalet, saa vidt som fornødent for at opnaa frifindelse i dette. Et modsøgsmaal foreligger først, naar han f. ex. i de nævnte tilfælde paastaar anerkjendelse af sin pante- eller leieret, eller naar han paastaar dom for sin modfordring ud over det kompensable beløb.

I vor procesteori er læren om modsøgsmaal bleven bragt i forvirring ved den sammenhæng, hvori man har sat den med læren om stevning, saavelsom ved den omstændighed, at man efter den gjængse fortolkning af N. L. 5—13—5 krævede stevning (saakaldt kontrastevning) ogsaa til fremsættelse af modkrav, der alene gjordes gjældende til kompensation, hvorved forskjellen mellem indsigelse *(exceptio)* og modsøgsmaal *(reconventio)* fordunkledes. Det er imidlertid klart, at spørgsmaalet om varsel til modparten som betingelse for fremme af et rettergangsskridt ikke paa nogen maade berører dettes begrebsmæssige karakter. Den ydre foranledning til den forvexling, der her har fundet sted, er derhos nu bortfalden ved l. 4 juni 1892 § 41, der ophæver nødvendigheden af modstevning, naar modkrav kun gjøres gjældende til likvidation.

[1] Schweigaard §§ 60 og 61; Nellemann Ord. civile procesmaade § 48 ff., Deuntzer Civilproces p. 112 ff.

[2] Jfr. Thon Die rechtsverfolgende Einrede i Iherings Jahrb. 28de bd

II. Af N. L. 1—2—20[3] fremgaar, at modsøgsmaal er tilstedeligt;[4] men de nærmere betingelser herfor er ikke i loven angivne. Den anførte artikel kan aabenbart ikke forstaaes saaledes, at den hjemler modsøgsmaal uden al indskrænkning. Ti den omhandler alene værnetinget og forudsætter det ifølge andre regler givet, i hvilke tilfælde sagvolderen «med rette» kan gjøre modsøgsmaal gjældende. Derfor kan der heller ikke af artikelens udtryk «i samme sag» hentes noget bidrag til spørgsmaalets løsning, idet derved utvivlsomt alene menes i samme rettergang eller proces.[5]

Udgangspunktet maa her være, at der maa foreligge særlige grunde for, at sagsøgeren skal behøve at finde sig i det ophold og den vidtløftiggjørelse af hans retsforfølgning, der forvoldes ved et af sagvolderen indbragt modsøgsmaal, medens derimod retten ikke kan have større adgang til at modsætte sig en saadan kumulation, end den har til at hindre en forening af flere søgsmaal fra sagsøgerens side.

Dette leder da til, at modkrav altid, hvor ikke de under III omhandlede hensyn er til hinder derfor, kan fremsættes, naar sagsøgeren ikke protesterer.

Omstændigheder af den art, at de kan begrunde tilstedeligheden af modsøgsmaal uden hensyn til sagsøgerens samtykke, foreligger, naar en samtidig afgjørelse af hoved- og modsøgsmaal fremstiller sig som det naturligste og en splittelse som i høi grad stridende mod sagvolderens tarv. Idet bedømmelsen heraf ikke efter vor ret kan overlades et konkret skjøn af dommeren efter det enkelte tilfældes beskaffenhed, gjælder det at finde en objektiv maalestok for den. En saadan har man særlig søgt deri, at hoved- og modsøgsmaal er konnexe, det er, udspringer

[3] Jfr. foran p. 184.

[4] Naar man (jfr. Larsen Samlede skrifter III. 1 p. 263) har villet indskrænke denne artikel til det tilfælde, at sagvolderen benytter en ham tilkommende ret til at paastaa frifindelse, er dette et udtryk for den i foregaaende nr. paapegede forvexling af en retsforfølgende indsigelse og modsøgsmaal.

[5] Jfr. Nellemann l. c. p. 232; Deuntzer l. c. p. 114.

af samme retsforhold eller faktum.[6] Det vil ogsaa i almindelighed fremstille sig som naturligt, at sagvolderen kan kræve alle af samme forhold udspringende retsfølger afgjorte under ét; og paa denne betragtning er ogsaa strpl. § 444, 2det led bygget. Man tør derfor vistnok anse den deri udtalte sætning, at modkrav, udspringende af samme forhold, kan fremsættes i samme sag, som gjældende ogsaa paa civilprocessens mark.[7] Men herved kan man ikke blive staaende. Den citerede paragraf i straffeprocesloven nævner som gjenstand for modsøgsmaal ogsaa modkrav, udspringende af søgsmaalet; og for det vigtigste af disse krav — procesomkostningerne — antages det endog, at det kun kan gjøres gjældende under selve den sag, ved hvilken de er foranledigede.

Andre tilfælde af modsøgsmaal end de anførte nævner ikke straffeprocesloven; men dette kan ikke være afgjørende for civilprocessen, saafremt der her lader sig anføre gyldige grunde for en videre adgang til modsøgsmaal. Saadanne grunde er aabenbart tilstede, hvor det grundlag, hvorpaa sagvolderen bygger sit forsvar mod hovedsøgsmaalet, tillige begrunder selvstændige rettigheder for ham, saasom i de foran nævnte tilfælde, hvor han har en kompensabel modfordring, der overstiger hovedfordringen,[8] eller hvor han paaberaaber sig en leieret ligeoverfor vindikation, eller hvor han, sagsøgt til erstatning for hugst i naboens skov, paastaar, at der tilkommer ham en hugstservitut. I disse tilfælde er der ikke konnexitet mellem grundlaget for hoved- og modsøgsmaalet, men der er en konnexitet, frembragt ved selve processen, der i virkeligheden

[6] Jfr. Juridisk archiv XX p. 46; Archiv for retsvidenskab IV p. 320: Nyt juridisk arkiv VI p. 127, VIII p. 143, 144; Ørsted Haandbog VI p. 462 jfr. den af Schweigaard I p. 249 citerede høiesteretsdom 3 juli 1819.

[7] Jfr. ogsaa proceslovudkastet af 1868 kap. 9 § 8 b: «Antager indstevnte at have nogen tiltale mod sagsøgeren i anledning af samme handling, begivenhed eller forhold, hvorfor tiltale mod ham er reist, kan han ved betimeligt kontrasøgsmaal under sagen gjøre denne tiltale gjældende mod sagsøgeren» (jfr. p. 151).

[8] Dette tilfælde er det eneste, der er nævnt i proceslovudkastet af 1868, se kap. 9 § 9, der forsaavidt utvivlsomt er for snever.

i almindelighed i endnu høiere grad end, hvor konnexiteten er af den førstnævnte art, vil gjøre det unaturligt, at sagvolderen skal undergive det identiske retsforhold, der tjener ham baade som forsvar og angreb, en særskilt paakjendelse i to forskjellige sager.[9]

Positivt begrænset er adgangen til modsøgsmaal ved forskrifterne i N. L. 5—13—4, hvorom mere nedenfor § 81, og vexelprocesloven af 17 juni 1880 § 3, e, der er nærmere behandlet i Anden del § 161.

III. Mangler den ret, der skal dømme i hovedsagen, saglig kompetens ligeoverfor modsøgsmaalet, kan dette ikke tilstedes[10]; saaledes kan skifteretten ikke give dom for en modfordring, der maatte tilkomme boet ligeoverfor en anmeldt kreditor, ud over det kompensable beløb. En undtagelse fra regelen indeholdes i l. om handelsretter 20 decbr. 1902 § 4, hvorefter modkrav under de almindelige betingelser kan gjøres gjældende ved handelsretten, selv om de ikke efter sin art henhører under denne.

Efter den foran anførte N. L. 1—2—20 er det ingen betingelse for modsøgsmaalet, at det har samme værneting som hovedsøgsmaalet. Naar man her har villet gjøre en undtagelse for det tilfælde, at sagsøgeren er en udlænding[11], har dette neppe tilstrækkelig støtte i saglige hensyn[12].

IV. Modsøgsmaalet følger i det hele reglerne for et

[9] Jfr. Schweigaard I p. 246—7, efter hvis udredning af materien adgangen til modsøgsmaal i de her omhandlede tilfælde vistnok kan betragtes som fastslaaet i vor ret; jfr. Ugebl. f. lovk. VIII p. 451 ff. — Noget mindre vidt gaar Deuntzer l. c. p. 116, der antager, at sagsøgeren ogsaa, naar modkravet er konnext med indstevntes forsvar, maa kunne protestere mod dets inddragning under sagen, naar han derved paabyrdes en vidløftigere procedyre end den, der behøves, naar kravet alene gjøres gjældende til forsvar. — Udk. til r. l. kap. VIII § 11 tilsteder modkrav, naar det: 1) helt eller delvis kan bringes i afregning mod sagsøgerens krav eller 2) de staar i sammenhæng med søgsmaalsgrunden eller med forsvaret mod sagsøgerens krav eller 3) sagsøgeren samtykker i inddragningen og de efter de ellers gjældende procesregler kan indbringes for samme ret og behandles i samme procesformer.

[10] Se Retst. 1877 p. 588 (søretssag).

[11] Hambro Byretsdomme nr.ne 1876, 1882—3; derimod sammesteds nr.ne 1884 og 1886.

[12] Jfr. ogsaa Nellemann l. c. § 50 i. f. Se dog v. Bar Theorie und Praxis des int. Privatrechts II p. 451—2.

selvstændigt søgsmaal. Er hovedsøgsmaalet, uden at høre for nogen særlig domstol, underkastet procesregler, der er afvigende fra de almindelige (vexelsager, private politisager o. lign.), vil ikke derfor i og for sig adgangen til modsøgsmaal være lukket, men de begunstigelser, som hovedsøgsmaalet er underkastet i henseende til fritagelse for forligsmægling og forkortede varselsfrister, vil ikke kunne anvendes paa modsøgsmaalet, heller ikke saadanne særegne procesregler som f. ex adgangen til at indkalde parterne til personligt møde i retten for at afgive forklaring om sagens gjenstand. Derimod er der grund til at antage, at hvad der har været underkastet en samlet paakjendelse i underinstansen, heller ikke i overinstansen bør splittes, og at derfor de for hovedsøgsmaalet gjældende regler om instansfølgen (navnlig adgang til direkte appel til høiesteret) ogsaa finder anvendelse paa modsøgsmaalet[13].

Afvises eller frafaldes hovedsøgsmaalet, vil modsøgsmaalet blive at bedømme som et selvstændigt søgsmaal og derfor alene kunne antages til paadømmelse, hvor det fyldestgjør betingelserne for et saadant[14]. Navnlig vil betingelsen for dets paadømmelse være, at domstolen er sagsøgerens rette værneting, idet regelen i N. L. 1—2—20 vistnok maa antages at forudsætte, at hovedsøgsmaalet kommer under paakjendelse[15].

§ 63.

FORANDRING OG UDVIDELSE AF SØGSMAALSGJENSTANDEN FRA SAGSØGERENS SIDE[1].

I. En forandring af søgsmaalets gjenstand foreligger, naar der istedetfor det retskrav, der oprindelig var

[13] Dette er ogsaa antaget af høiesteret; se Ugebl. f. lovk. VIII p. 451.

[14] Se udk. til r. l. kap. VIII § 11 a, sidste led: «Et i henhold til § 11 gyldig fremsat modsøgsmaal kan fremmes uden hensyn til hovedsøgsmaalet». Anderledes for straffeprocessen, se strpl. § 431, sidste led. — Jfr. forøvrigt Hambro l. c. nr. 1880.

[15] Se dog Deuntzer l. c. p. 116—7.

[1] Schweigaard I § 59; B. Getz Om adgangen til at forandre sagens gjenstand (prøveforelæsning 1875); O. Platou Prøveforelæsnin-

sagens gjenstand, sættes et andet (naar f. ex. en *rei vindicatio* med paastand paa tingens udlevering ombyttes med en *actio venditi* med paastand paa tingens pris, eller et erstatningskrav, bygget paa et faktum *a*, ombyttes med et saadant krav, bygget paa et faktum *b*)[2]; en udvidelse foreligger, naar der under sagens gang føies et nyt retskrav til det oprindelige (naar f. ex. til et vindikationssøgsmaal, rettet paa tingen *a*, føies et andet saadant, rettet paa tingen *b*).

En forandring af paastanden indeholder ikke nødvendigvis en forandring af søgsmaalsgjenstanden, idet, som af det i § 56 paapegede fremgaar, ikke derved i ethvert tilfælde det reiste retskravs identitet berøres. Dog er retsbrugen tilbøielig til at bedømme enhver udvidelse af paastanden efter reglerne for søgsmaalsændring[3].

At paastanden bygges paa et nyt grundlag, indeholder ikke nogen ændring af søgsmaalsgjenstanden, naar det nye grundlag ikke udgjør et nyt selvstændigt retskrav (paastand paa eiendomsret, oprindelig grundet paa hævd, bygges under sagen paa translativt erhverv; erstatning for udførte tjenester, bygget oprindelig paa udtrykkelig aftale, senere paa, hvad der som sædvansmæssigt maa antages selvfølgeligt uden aftale).

II. En udvidelse eller ændring af søgsmaalsgjenstanden vil sagvolderen i mange tilfælde allerede i kraft af eventualmaximen kunne modsætte sig, idet denne grundsætning inden visse grænser udelukker en forrykkelse saavel af søgsmaalets grundlag som af paastanden, selv hvor deri ikke efter det i foregaaende numer udviklede ligger en ændring af søgsmaalsgjenstanden. Men eventualmaximen vil ikke i og for sig ubetinget hindre inddragelsen af nye tvistegjenstande eller ændring af den oprindelige, f. ex. ikke, hvor de nye retskrav, der inddrages,

ger (1875) p. 3 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 53; Bang og Larsen Procesmaade § 42; Deuntzer Civilproces p. 111—2. — Jfr. ogsaa Schmidt Lehrbuch § 153 og den der citerede fremmede litteratur.

[2] Jfr. Retst. 1882 p. 38 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 1890—2.

[3] Se Retst. 1887 p. 601; jfr. nedenfor § 80.

er af efterfølgende oprindelse[4]. Sagvolderen har imidlertid et af den nævnte grundsætning uafhængigt krav paa, at søgsmaalet holdes indenfor den oprindelig optrukne ramme; og forbudet mod vilkaarlig søgsmaalsændring findes derfor ogsaa i processystemer, der ikke kjender eventualmaximen[5].

I principet er dette ogsaa anerkjendt i vor procesteori[6]; men om sætningens rette begrænsning hersker der ikke enighed[7]. Der synes at gjøre sig den betragtning gjældende, at de ulemper, der for sagvolderen kan være forbundne med at maatte forandre eller udvide sit forsvar i den allerede anlagte sag, vil kunne opveies ved det besvær, de kan voldes sagsøgeren ved nødvendigheden af at maatte anlægge ny sag. Denne afveien af krydsende hensyn kan efter omstændighederne bringe vægtskaalen til at synke til fordel for sagsøgeren.

[4] Jfr. forøvrigt om eventualmaximen nedenfor i § 80.

[5] Se Kleinschrod Ueber Klageänderung nach gem. Prozesse, neuesten Prozessordnungen u. d. *code de procedure civile* (1879); R. Schmidt Die Klageänderung (1888). — Se f. ex. den tyske civilproceslov § 280, den østerrigske § 235. — Udk. til r. l. har i kap. VIII følgende bestemmelser: § 12. «Begge parter er berettigede til at ændre sine fremsatte paastande: 1) ved inddragning af retsforhold, hvoraf søgsmaalet eller forsvaret beror, og som under sagen bestrides, 2) ved udvidelse af de fremsatte paastande enten i hovedsagen eller med hensyn til bipunkter under bibehold af væsentlig samme grundlag, 3) ved istedet for den oprindelig fordrede gjenstand at fordre dennes værdi eller en erstatning eller en anden gjenstand, naar dette er begrundet i en forandring, som er indtraadt eller bleven parten bekjendt efter sagsanlægget eller modparten samtykker». § 14: «Udenfor de ovennævnte ændringer kan, efterat paastanden er modparten meddelt, ingen ændring foretages i denne fra nogen af siderne, med mindre enten modparten samtykker eller efter rettens skjøn dennes stilling ei væsentlig besværliggjøres i forhold til, hvad der vilde være tilfældet, om kravet eller modkravet fra først af var givet samme omfang eller gjenstand.»

[6] Se de i note 1 citerede norske og danske forfattere.

[7] I et skriftligt processystem som vort er det forklarligt, at man ikke ved siden af eventualmaximen er kommen til at lægge nogen særlig stor vægt paa forbudet mod søgsmaalsændring; ti ofte vil spørgsmaalet, om en utilstedelig saadan har fundet sted, først foreligge til afgjørelse for retten, naar sagen ogsaa i sin ændrede eller udvidede skikkelse er fuldt udprocederet; og det vil da lettelig forekomme formalistisk at henvise det nye til forhandling i en helt ny sag.

Men for at saadanne omstændigheder skal kunne antages at foreligge, maa man kræve: a) at der bestaar en vis sammenhæng mellem det nye retskrav og sagens oprindelige gjenstand, og b) at sagsøgeren har havt en fyldestgjørende grund til ikke fra først af at give sagen den skikkelse, som den senere har faaet.

Ad a) I førstnævnte henseende kan det ikke være nok, at retskravene er ensartede (f. ex. flere vindikationskrav). Heller ikke kan man[8] søge kriteriet deri, at de har bevisligheder fælles (f. ex. vindikation af flere ved samme leilighed bortkomne gjenstande); ti dette er i og for sig for ubestemt og for lidet egnet til en forhaands bedømmelse, der muliggjør afvisning af det nye uden bevisprøvelse. Et naturligt synspunkt for bedømmelsen af søgsmaalsændringers tilstedelighed synes alene at kunne vindes ved at se hen til, om det nye i sin oprindelse er konnext med det, der fra først af var sagens gjenstand, d. e. udspringer af samme faktum eller retsforhold eller — forsaavidt talen er om substitution af en søgsmaalsgjenstand med en anden — ialfald delvis er bygget paa samme retslige grundlag som det oprindelige krav (f. ex. krav paa betaling for leverede varer ombyttet med et berigelseskrav eller et krav paa varernes tilbagelevering[9]).

Ad b) Her vil navnlig komme i betragtning, at det nye krav først under processen er opstaaet eller modnet til indtale, eller at sagsøgeren først efter sagsanlægget er kommen til kundskab om det. Dette sidste vil navnlig kunne bero paa, at sagvolderens procedyre bringer frem momenter, som sagvolderen ikke før har kjendt til (under en vindikationssag gjør f. ex. indstevnte gjældende, at tingen er gaaet tilgrunde, og sagsøgeren forandrer efter denne oplysning sit søgsmaal til et krav paa erstatning).

Men ogsaa i andre tilfælde end saadanne, hvor sagvolderens procedyre ligefrem bringer nye omstændigheder til sagsøgerens kundskab, vil den kunne tilstrækkelig retfærdiggjøre en udvidelse af søgsmaalet.

[8] Saaledes som Nellemann l. c. gjør.

[9] Jfr. Getz l. c. p. 4; Retst. 1852 p. 40 ff.

Det gjælder navnlig, naar sagvolderen gjør modsøgsmaal gjældende, der kan foranledige et kompensationskrav fra den oprindelige sagvolders side (saaledes naar sagvolderen under en vindikationssag kræver erstatning for *impensæ* og sagsøgeren møder dette krav med et kompensabelt krav paa tilbagebetaling af et forfaldent laan, der overstiger impensernes beløb). I saadanne tilfælde vil de samme betragtninger, der leder til overhovedet at tilstede modsøgsmaal, bevirke, at ogsaa en udvidelse af det oprindelige søgsmaal maa tilstedes, skjønt der ikke bestaar konnexitet mellem den oprindelige søgsmaalsgjenstand og det senere inddragne krav, idet den fornødne sammenhæng her formidles ved sagsøgerens forsvar ligeoverfor sagvolderens modsøgsmaal[10].

Hvad her er sagt om udvidelse og forandring af søgsmaalsgjenstanden gjælder alene underinstansen. For udvidelser og ændringer i overinstansen gjælder langt snevrere grænser, hvorom mere i afsnittet om appel[11].

III. Selvfølgelig er i ethvert tilfælde adgangen til at udvide søgsmaalet bundet til de samme vilkaar som adgangen til fra først af at kumulere flere søgsmaal. Ogsaa iøvrigt gjælder for den efterfølgende kumulation de samme regler som for den fra først af iværksatte.

For at kunne tilstedes maa udvidelsen eller ændringen i henseende til forligsmægling, stevnemaal («kontinuationsstevning») etc. fyldestgjøre fordringerne til et selvstændigt søgsmaal[12].

§ 64.

PROCESSENS INDFLYDELSE PAA DET RETSKRAV DER ER SØGSMAALETS GJENSTAND.

a) I HENSEENDE TIL RETSBESKYTTELSEN (LITISPENDENTS)[1].

I. Processen paavirker det retskrav, der er dens gjenstand, i en dobbelt retning: nemlig dels forsaavidt dets

[10] Jfr. O. Platou Prøveforelæsninger p. 12.

[11] Anden del § 150.

[12] Har det nye ikke været gjenstand for forligsmægling, vil dets afvisning selvfølgelig være begrundet allerede heri. Saaledes i den i Retst. 1882 p. 38 ff. meddelte sag. Jfr. ogsaa Retst. 1895 p. 642; 1896 p. 152—3.

[1] Jfr. Schweigaard I p. 342; Planck Lehrbuch § 54; Schmidt Lehrbuch § 150.

ydre, processuelle side, retsbeskyttelsen, dels forsaavidt dets materielretslige indhold angaar. Om det første skal handles i denne, om det sidste i den følgende paragraf.

II. Et og samme retskrav kan ikke vilkaarlig gjøres til gjenstand for en flerhed af processer. Staten yder kun én gang sin retshjælp i samme sag. Dette beror ikke alene paa hensynet til det ligeoverfor sagvolderen ubillige i, at han skal kunne hjemsøges med en række processer om samme krav, men ligesaa meget paa hensynet til offentlige interesser: Det er ikke stemmende med det offentliges tarv, at de med retspleien fra statens side forbundne opofrelser vilkaarlig skal kunne forøges, ligesaa lidt som det er foreneligt med domstolenes værdighed, at samme sag behandles flere gange og udsættes for at faa en forskjellig afgjørelse[1]. Den her omhandlede grundsætning bevirker for det første, at den en gang paadømte sag ikke paany kan bringes frem for domstolene, en sætning, der bedst finder sin udvikling i afsnittet om domme. Dernæst maa det samme princip ogsaa medføre, at allerede derved, at domstolenes virksomhed er paakaldt med hensyn til et retskrav, lukkes adgangen til at anlægge ny sag om samme krav, være sig ved samme domstol eller nogen anden.

Denne sætning skal her nærmere belyses:

1) Det forhold, som man har benævnt litispendents, og som efter det bemærkede hindrer en samtidig forhandling om samme sag, begrundes regelmæssig ved anhængiggjørelsen af søgsmaalet (være sig hoved-, kontinuations- eller modsøgsmaal). Først ved dette skridt indtræder rettens pligt til at behandle sagen[2]. Stevningens forkyndelse har ikke den samme virkning, da det, saalænge sagen ikke er anhængiggjort, ikke med sikkerhed kan vides, om stevningen vil blive forfulgt.

Anhængiggjørelsen er imidlertid ikke det eneste skridt, hvorved litispendents kan begrundes. Den samme virk-

[1] Denne sidste side af sagen er navnlig paa en overbevisende maade udviklet af Bülow i hans afhandling Absolute Rechtskraft des Urtheils i Arch. f. die civ. Praxis 83de bd. p. 1 ff.

[2] Jfr. iøvrigt om anhængiggjørelsen § 88, II.

ning maa tillægges ethvert skridt, hvorved et retskrav undergives domstolens prøvelse, saaledes navnlig, at det benyttes til derpaa at grunde en indsigelse (f. ex. kompensationsindsigelsen)[4].

2) Litispendentsen varer, saalænge retskravet foreligger for domstolen til prøvelse. Er det afgjort ved dom, er det dennes retskraft, der hindrer en fornyet prøvelse. Bliver sagen afvist eller hævet, bortfalder den i litispendentsen liggende hindring for paany at bringe sagen for domstolene. Hvorvidt adgangen hertil iøvrigt staar aaben, vil bero paa grunden til, at den tidligere proces ophørte. Adgangen er f. ex. lukket, hvis den er hævet som forligt, eller hvis retskravet — som ved odelsløsning[5] — tabes, naar sagen afvises som urettelig anlagt.

Hvorvidt sagsøgeren har det i sin magt ensidig at bringe litispendentsen til ophør, er et spørgsmaal, der ikke lader sig besvare ved en for alle tilfælde fælles regel. Han har det utvivlsomt i sin magt at hæve sagen, saalænge indstevnte endnu ikke har taget til gjenmæle. Men det er omtvistet, om han har saadan adgang efter dette tidspunkt. Herom mere i en senere sammenhæng (se § 85). Den litispendents, der begrundes ved fremsættelse af en retsforfølgende indsigelse, kan ophæves ved, at indsigelsen tages tilbage.

3) Litispendentsen virker ligeoverfor et senere sagsanlæg a) mellem samme personer og b) om samme retskrav.

Ad a) Det er ligegyldigt, om parterne i den nye sag indtager samme stilling som i den tidligere, eller om den, der er sagvolder i den ene, er sagsøger i den anden. Men iøvrigt maa det her strengt fastholdes, at parterne maa være identiske. At dommen i den ældre sag vil være forbindende for den senere, er ikke afgjørende, naar parterne er forskjellige (jfr. iøvrigt nedenfor under III).

[4] Jfr. udk. til r. l. kap. VIII § 5: «En tvistgjenstand er at betragte som procesgjenstand fra det tidspunkt, da stevning er udtaget ved retten og indtil sagens tilendebringelse ved retskraftig dom, ophævelse eller afvisning. Reises et krav under sagens løb, bliver dette procesgjenstand fra det tidspunkt, da det fremsættes.»

[5] Jfr. l. 26 juni 1821 § 23 i. f.

Ad b) De synsmaader, der er bestemmende for, hvorvidt der mellem tvende søgsmaal finder identitet sted i henseende til gjenstand, er de samme her som i læren om dommes retskraft og vil der finde sin belysning[6].

4) Virkningen af litispendentsen bestaar, som allerede bemærket, deri, at vedkommende part ved anhængiggjørelsen eller de dermed ligestillede skridt, saalænge litispendentsen varer, har tabt adgangen til ad anden vei at søge retsbeskyttelse. Denne bliver at negte ham, hvilket i vor procesret finder sit udtryk i, at den nye sag afvises[7]. Efter det foran udviklede om, at regelen er dikteret af offentlige hensyn, maa det hævdes, at retten paa embeds vegne har at afvise sagen, saafremt det af dens akter fremgaar, at der tidligere er anlagt sag om samme gjenstand. Udtrykket *exceptio litis pendentis* er derfor mindre træffende[8].

III. Forskjelligt fra, at den samme tvistgjenstand gjøres til procesgjenstand i to forskjellige sager, er det forhold, at bevisførselen eller afgjørelsen i en sag vil kunne faa betydning under en anden sag. Dette forhold vil efter omstændighederne kunne lede til, at den ene sag bliver at udsætte af hensyn til den anden, en udsættelse, der dog efter l. 4 juni 1892 § 22, 3dje led aldrig kan ske paa ubestemt tid[9].

[6] Jfr. iøvrigt ogsaa foran § 60.

[7] Schweigaard l. c. p. 342 tillægger litispendentsen den virkning, at den nye sag bliver at udsætte, indtil den tidligere er afgjort. Men dels er dette ikke et korrekt udtryk for regelens principielle karakter, dels vil det regelmæssig være uforeneligt med forbudet i l. 4 juni 1892 § 22, 3dje led mod udsættelse paa ubestemt tid. — Jfr. udk. til r. 1 kap. VIII § 6: «Reises der om samme procesgjenstand ved samme domstol eller ved nogen anden en ny sag, bliver denne paa embeds vegne at afvise.»

[8] Jfr. Bülow l. c. p. 140 ff. Derimod betragter Schweigaard l. c. litispendentsens virkninger udelukkende under synspunktet af et forsvarsmiddel for sagvolderen. — Se ogsaa Schmidt l. c.

[9] Patentloven af 16 juni 1885 § 31 hjemler i det der omhandlede tilfælde et retskrav paa udsættelse. Jfr. forøvrigt om udsættelse nedenfor § 75. — Se til belysning Hambro Byretsdomme nr.ne 1894—1900.

§ 65.

PROCESSENS INDFLYDELSE PAA DET RETSKRAV, DER ER SØGSMAALETS GJENSTAND.
b) I HENSEENDE TIL DETS MATERIELLE INDHOLD[1].

I. Den udførlige fremstilling af de materielretslige virkninger, som sagsanlægget medfører, tilkommer vistnok nærmest civilretten; men en kort samlet oversigt over dem vil dog ogsaa være paa sin plads i processen:

1) Sagsøgerens af det materielle retsforhold udspringende retskrav undergaar i en vis forstand en udvidelse[2]. Dette beror paa følgende betragtning: Den, der ved endelig dom i sagen faar ret, er egentlig først da fuldt ud hjulpen, naar han opnaar alt, hvad han vilde have havt, om han var kommen til sin ret uden proces. Er den, der har forholdt sagsøgeren hans ret, overtydet om sin egen uret, er der heller ingensomhelst grund til ikke helt ud at tillægge denne betragtning sit fulde værd. Er derimod sagvolderen i god tro, vilde det være ubilligt at paabyrde ham den hele risiko ved at føre processen Det er fuldt ud legitimt, at man ikke giver efter for det første det bedste krav, om hvis begrundethed man ikke paa forhaand kan føle sig overbevist, og som først ved de under processen tilveiebragte oplysninger og dommerens afgjørelse kan bringes til klarhed[3]. Derfor kan man ikke paalægge en saadan sagvolder nogen skadeserstatningspligt; men vel kan man forlange: for det første, at han ikke skal høste nogen ligefrem berigelse af processen, og for det andet, at han i sit forhold til den omstridte gjenstand tager hensyn til den mulighed, at processen gaar ham imod og derfor i sin behandling af den viser den agtsomhed, som en ordentlig mand (*bonus paterfamilias*) viser. Disse synspunkter leder til følgende konsekvenser:

a) Sagvolderen maa udlevere alle efter sagsanlægget

[1] Schweigaard I § 74. — Buchka Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss (1846—47).

[2] Jfr. Windscheid Pandecten § 124.

[3] *Qui sine dolo malo ad judicium provocat non moram facere videtur*, jfr. fr. 63 D. 50. 17.

oppebaarne frugter, forsaavidt de er i behold, se N. L. 5—5—6[4].

Ogsaa udover de beholdne frugter vil der kunne paahvile sagvolderen et ansvar, der er forskjelligt, eftersom han er i ond eller god tro I første tilfælde maa han tilsvare alt, hvad sagsøgeren kunde have udvundet af tingen, hvis han havde faaet den uden proces. I sidste tilfælde har han alene at tilsvare, hvad en ordentlig mand i sagvolderens stilling kunde have udvundet ved at gjøre tingen frugtbringende overensstemmende med dens natur.

Forsaavidt sagvolderen selv har andel i frugternes tilblivelse, vil dette efter omstændighederne kunne modificere restitutions- og erstatningspligten, men de hermed begrundende retsforhold staar ikke i nogen særlig forbindelse med sagsanlægget[5].

Hvad særlig renter af en omtvistet pengefordring angaar, kan man forudsætte, at sagvolderen altid vil have adgang til at tilgodegjøre sig pengebeløb til en vis lavere rente; og overensstemmende hermed paalægger vor ret sagvolderen at tilsvare 4 pct. i aarlig rente fra sagsanlægget[6]. Denne rentepligt maa dog bortfalde, hvor sagvolderen allerede før sagsanlægget har tilbudt alt, hvad sagsøgeren opnaar ved dommen, og saaledes er uden skyld i, at det er kommet til proces[7].

[4] Jfr. Brandt Tingsret (3dje oplag) p. 62 ff jfr. p. 126—7; C. Torp Dansk tingsret p. 229 ff.; O. Platou Prøveforelæsninger p. 49 ff. Paa selve det tinglige eiendomsforhold til frugterne synes det ikke naturligt at tillægge sagsanlægget indflydelse.

[5] N. L. 6—15—10 og 11, der for frugter, vundne ved udsæd, lod det komme an paa, om dom faldt før eller efter midsommer, er ophævede ved straffeloven af 1842. — Ved jordegods sættes i almindelighed fravigelsesfristen først til næste faredag (jfr. Schweigaard II p. 45—6 og nedenfor i afsnittet om domme). Herved vil der da i regelen aabnes besidderen adgang til selv at høste, hvad han har saaet. Erstatning for afsavnet af eiendommen tilkjendes kun ligeoverfor *malæ fidei possessor.*

[6] Se forl.l. 1824 § 48; l. 29 juni 1888 § 3 og om det første lovsted Hagerup Kjøb og salg (2den udg.) p. 158—9, note 10. — Hvor domsbeløbet skal bestemmes ved efterfølgende skjøn, beregnes renterne først fra dettes afholdelse, idet de før dette tidspunkt paaløbne renter forudsættes tagne i betragtning ved skjønnet; jfr. Retst. 1899 p. 453.

[7] Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr.ne 1901—2.

b) Gaar den gjenstand, hvortil det omprocederede retskrav knytter sig, under sagen til grunde eller forringes den, bærer sagvolderen, naar han er i ond tro, ansvaret herfor, med mindre han kan bevise, at den samme skjæbne vilde have rammet tingen ogsaa i sagsøgerens besiddelse, medens den godtroende sagvolder alene paalægges ansvar, hvor tingens undergang eller forringelse skyldes hans egen svig eller uagtsomhed. Som saadan uagtsomhed kan det ikke regnes, at han benytter tingen overensstemmende med dens bestemmelse, f. ex. sender skib paa reise, bruger heste til kjørsel eller ridning. Processen paalægger ikke i og for sig sagvolderen nogen pligt til at afholde sig fra enhver brug af tingen, men kun fra en saadan, der fremtræder som usædvanlig og særlig farefuld[8].

I forbindelse med den her omhandlede sætning staar det, at sagvolderen ved søgsmaal, der er rettede paa berigelse (jfr. f. ex. vexellovens § 93), ikke kan paaberaabe sig en formindskelse af denne, der efter sagsanlægget er indtraadt som en følge af sagvolderens eget forhold (f. ex. konsumtion).

2) I visse tilfælde forstærkes af særlige grunde det baand, som processen paalægger sagvolderen, udover, hvad der tilsiges ved det i foregaaende numer omhandlede hensyn. Efter odelsloven 26 juni 1821 § 28 (jfr. l. 9 mai 1891) sættes besidderen under odelsprocessen ud af raadigheden over odelsgodsets skov, uden at det ved overtrædelser heraf kommer i betragtning, om odelsprætendenten vinder eller taber sagen[9]. — Efter udskiftningsloven 13 marts 1882 § 20 kan udskiftningsretten paalægge lodeierne de indskrænkninger i brugen af skov og torvmyr, som hensynet til udskiftningens hensigtsmæssige fremme maatte kræve (jfr. ogsaa § 48).

3) Sagsanlægget afbryder hævd (N. L. 5—5—3)[10] og civilretslig præskription (l. om forældelse 27 juli 1896 § 1 jfr. § 12, vexelloven af 7 mai 1880 § 80 og søf.l. 20 juli 1893 §§ 264 og 284).

[8] Jfr. Schweigaard I p. 335; O. Platou i Retst. 1893 p. 42—4.
[9] Jfr. Brandt l. c. § 73.
[10] Jfr. Brandt l. c. p. 501—2; C. Torp l. c. p. 389—91.

Afvises sagen, eller kommer fordringen ikke under paakjendelse, idet den er paatalt i et modsøgsmaal, der bortfalder, fordi hovedsøgsmaalet bortfalder, taber sagsanlægget sin afbrydende virkning, men efter forældelsesloven 1896 § 12, 2det led staar adgang til ny paatale fordringshaveren kun aaben i sex maaneder, regnet fra den tidligere sags afslutning.

4) Visse rent personlige søgsmaal gaar efter sagsanlægget over paa arvingerne (jfr. N. L. 1—22—39, 1—19—21)[11].

5) Efter sagsanlægget er det forbudt at overdrage den omprocederede fordring til den sagfører, hvem sagen har været betroet; se frdn. 4 marts 1690[12]. Iøvrigt er der ikke efter vor ret nogen hindring for at overdrage en omprocederet gjenstand[13].

II. Det tidspunkt, ved hvilket de i det foregaaende omhandlede virkninger indtræder, er efter forl.l. 1824 §§ 47 og 48 regelmæssig forligsklagens udfærdigelse[14]. Loven af 27 juli 1896 § 12 knytter dog forældelsens afbrydelse til det tidspunkt, da klagen er indkommen til retten. Odelslovens indskrænkning i raadigheden over skoven indtræder ved forligsklagens forkyndelse, se l. 9 mai 1891 § 1. Hvor sagen ikke indledes ved forligsklage, er det efter forældelseslovens § 12 stevningens indleverelse til forkyndelse, der er det afgjørende. Hvor sagen indledes uden stevning, vil man maatte lægge vægten paa det første egentlige rettergangsskridt (i døds- og konkursboer anmeldelsen, se forældelseslovens § 14, ved arrest eller forbud fremsættelsen af begjæring om disse rettergangsskridts foretagelse, forældelseslovens § 12, 3dje p.)

[11] Se om denne sidste art. Anden del § 228.

[12] Se om dette lovbud Hallager Den norske obligationsrets alm. del ved L. Aubert (1887) p. 206, note 1; dept.skr. 25 april 1884.

[13] Jfr. iøvrigt foran § 52.

[14] Se foran § 21, II.

FEMTE HOVEDAFSNIT

DE PROCESSUELLE HANDLINGER

FØRSTE UNDERAFSNIT

ALMINDELIGE REGLER FOR DE PROCESSUELLE HANDLINGER

FØRSTE KAPITEL

DE PROCESSUELLE HANDLINGERS ART OG VIRKNINGER SAMT FORUDSÆTNINGERNE FOR DISSE

§ 66.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

Som bemærket i § 11, bestaar processen af en række handlinger af dels a) parterne eller deres repræsentanter, dels b) retten og dens betjente, dels c) andre ved processen medvirkende tredjemænd (navnlig vidner). Fra de sidste sees her bort, idet der herom henvises til afsnittet om bevis.

Dommerhandlingerne fremtræder dels som procesledelse,[1] dels som dømmende afgjørelser af de formelle og reelle tvistepunkter mellem parterne.

Partshandlinger kommer her kun i betragtning, forsaavidt de har betydning for retten. De udenretslige skridt, der staar i forbindelse med processens forberedelse og førelse (korrespondance med sagførere, modpart, tredjemænd,

[1] Jfr. foran p. 44—5.

udenretslige aftaler om værneting, om bevis o. s. v.), hører ikke ind under denne fremstilling, idet de først da udgjør bestanddele af rettergangen, naar de bringes ind i processen ved for retten at paaberaabes af parterne. De partshandlinger, hvorom her bliver tale, er alene de, der enten af loven er gjorte til betingelser for visse processkridt (saasom stevning og i det hele udenretslige meddelelser), eller er foretagne ligeoverfor retten eller en retsbetjent i et øiemed, der staar i forbindelse med processens gang.

De processuelle partshandlinger kan nærmere henføres til følgende klasser: 1) Rent fysiske handlinger som det blotte møde i retten, fremlæggelse af skriftstykker o. lign. 2) Erklæringer, der atter kan være enten a) udtryk for parternes blotte viden eller b) for deres vilje. Til klasse a) hører de faktiske fremstillinger (derunder udtalelser om modpartens anførsler, navnlig benegtelser) og retslige udviklinger, hvorpaa parterne støtter sig. Til klasse b) hører de til dommeren rettede begjæringer og paastande (begjæring om berammelse af retsmøder, om udsættelse, om afhørelse af vidner o. s. v., paastand paa afgjørelse af de mellem parterne bestaaende materielle og formelle tvistepunkter).

Til klasse b) hører endvidere ogsaa de under processen forekommende retshandler,[2] d. e. viljeserklæringer, hvorved en part forføier over sine materielle eller processuelle rettigheder (mærk f. ex. værnetingsaftaler) eller paatager sig forpligtelser. Omraadet for disse processuelle retshandler har man navnlig i den ældre procesteori strukket meget vidt, idet man har antaget tilværelsen af stiltiende viljeserklæringer i anvendelser, hvor saadanne efter de almindelige civilretslige regler aldeles ikke lader sig paavise. Forholdet er nemlig, at parternes processuelle rettigheder i mange tilfælde for at komme i betragtning maa gjøres gjældende inden en vis frist eller paa et vist punkt af forhandlingen. Saaledes maa indsigelse paa grund af værneting i visse tilfælde gjøres gjældende den første dag, den indstevnte

[2] Jfr. J. Trutter Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte (1890); Schmidt Lehrbuch § 57.

møder i retten (jfr. N. L. 1—2—24), hvilket ogsaa gjælder indsigelse mod brug af fuldmægtig i forligelseskommissionen (forl.l. § 62). Bestridelse af modpartens faktiske anførsler maa ske første gang, vedkommende tager ordet efter en saadan anførsel (eventualmaximen) o. s. v. I saadanne tilfælde tabes rettigheden ikke paa grund af en stiltiende opgivelse (altsaa en retshandel), men paa grund af, at procesreglerne ikke er iagttagne. Virkningen indtræder derfor her ganske uafhængigt af, om den var tilsigtet af vedkommende part, ja selv hvor denne maatte have gjort udtrykkeligt forbehold. Er det saaledes klart, at her ikke foreligger noget udtryk for vedkommendes vilje, er det heller ikke tvivlsomt, at det er ubegrundet at fingere en viljeserklæring. Begrebet fingeret viljeserklæring har ligesaa lidt paa procesrettens som paa civilrettens omraade nogen berettigelse.

Iøvrigt gjælder for de processuelle retshandler væsentlig de samme regler som for retshandler overhovedet.[3]

§ 67.

OM DET VED PROCESSEN FREMBRAGTE RETSFORHOLD MELLEM PARTERNE OG RETTEN (PROCESFORHOLDET).[1]

Den partshandling, hvorved processen regelmæssig indledes — stevningens forkyndelse —, begrunder et retsligt forhold mellem parterne, der bl. a. viser sin betydning

[3] Der har i nyere tid været fremhævet tvivl, om der ved i processen at operere med dette begreb vindes andet end at overføre dertil alle de tvivlsmaal, der i civilretten knytter sig til det; jfr. Pollak Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse (1893) p. 65 ff. og O. Bülow Das Geständnissrecht (1899) p. 156 note 2.

[1] Jfr. af den righoldige litteratur især de i § 5, note 3 citerede skrifter af O. Bülow (paa det anførte sted er forøvrigt feilagtig citeret Zeitschr. f. Deutschen Civilprozess bd. 28 istedetfor bd. 27). Se ogsaa Weismann Hauptintervention (1883); Schultze Privatrecht u. Prozess p. 287 ff.; Kohler Der Prozesz als Rechtsverhältnisz (1888); Menger System des oesterr. Civilproceszrechts I p. 291 ff.; Wach Handb. § 4 og sammes afhandlinger om Defensionspflicht und Klagerecht i Grünhuts Zeitschr. f. Privat- u. öff. Recht der Gegenwart 6te bd. og om Præklusion u. Kontumaz sammesteds 7de bd.; Planck Lehrbuch I § 42; F. Klein Die schuldhafte Parteihand-

deri, at sagsøgeren ikke ved stevningens tægtetid kan udeblive uden mod at tilsvare indstevnte erstatning for spildt møde. Derimod begrunder stevningen, der ved underretterne er et udenretsligt, alene fra parten udgaaende skridt, intet forhold til retten. Et saadant opstaar i almindelighed først ved den næste processuelle partshandling, sagens anhængiggjørelse. Ved denne træder retten ind i forholdet, hvilket viser sin væsentligste betydning deri, at retten faar pligt til at træffe afgjørelse af de den forelagte tvistepunkter og at give parterne adgang til at paavirke denne afgjørelse ved sine udtalelser og bevisførsler.

Disse rettes altid til domstolen: det er for den, parterne fremstiller sin sag og fører sine beviser. Forholdet mellem parterne træder under rettergangen tilbage, idet retten, hvor der ikke er spørgsmaal om udenretslige indkaldelser eller meddelelser, optræder som mellemled ved parternes forhandlinger.

Til de retten under processen paahvilende pligter svarer rettigheder for parterne:[2] ret til at kræve afgjørelser, ret til at faa adgang til at udtale sig baade til begrundelse af egne paastande og bestridelse af modpartens, ret til bevisførsel — rettigheder, som parterne haandhæver dels gjennem adgangen til at bringe en negtelse fra rettens side ind for høiere rets prøvelse, dels ved adgangen til at klage til rettens administrative overordnede.

Mere omstridt er det, om procesforholdet ogsaa kan siges at begrunde positive pligter for parterne, bortseet fra saadanne, der direkte paalægges ved dommen, blandt hvilke ogsaa hører pligten til at tilsvare procesomkostninger. I én retning maa der nu efter strl. 22 mai 1902 siges, at processen paalægger parterne en retspligt, idet denne lovs § 166 sætter straf for usandfærdig proce-

lung (1885); Trutter Die *bona fides* im Civilprozesse (1892); Afzelius Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål (1882) p. 46 ff.; Wrede Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt (1884) p. 42 ff.; E. Trygger Skriftliga Bevis, Indledning; Deuntzer Civilproces p. 127 ff.

[2] Jfr. dog mod begrebet processuelle rettigheder O. Bülow Das Geständnissrecht (1899) p. 39 ff.

dyre.[3] Men denne sandhedspligt, der forøvrigt ligemeget paahviler procesfuldmægtige som parter, indeslutter ikke nogen pligt til ved positive handlinger at bidrage til sagens oplysning. Selve rettergangen som saadan paalægger i det hele ikke i nogen retning parterne nogen retspligt til at handle (møde i retten, afgive udtalelser af den ene eller anden art). Den aabner dem kun en adgang hertil. Vistnok kan undladelsen af at benytte denne adgang udsætte parterne for muligheden af retstab; og med hensyn herpaa tales der hyppig om en parts pligt til at møde, til at bevise en paastand, til at erklære sig om modpartens faktiske anførsler o. lign. Men denne sprogbrug er mere populær end juridisk stringent. At her ikke er tale om pligter, fremgaar ikke blot deraf, at der intet tvangsmiddel gives til at fremtvinge disse pligters opfyldelse, — hvilket i og for sig ikke vilde være afgjørende — men ogsaa deraf, at en pligt, der ikke er paalagt i nogens interesse, ikke lader sig tænke: retten har efter den maade, hvorpaa i vor gjældende civilproces dispositionsgrundsætningen er gjennemført, ingen selvstændig interesse deraf.[4]

[3] Se om dette spørgsmaal efter den før straffeloven gjældende ret første udgave af nærværende skrift § 86; jfr. Smedal Parternes personlige afhørelse i civile sager (forhandlingsemne ved niende nordiske juristmøde) p. 8—9, note 2.

[4] Se foran § 8; jfr. dog Deuntzer l. c. p. 129, der antager, at parterne overfor det offentlige (men ikke overfor hinanden) har pligt til efter evne at bidrage til sandhedens oplysning ved at møde og afgive erklæringer og beviser. Denne opfatning er imidlertid uforenelig med rettens fuldstændige mangel paa enhver selvstændig adgang til i sin interesse at skaffe lys i sagen. Anderledes vilde vistnok forholdet i denne henseende stille sig efter et processystem, der gav udtryk for den foran p. 39—40 fremhævede opfatning, at retten har en selvstændig interesse af sagens bedst mulige oplysning. Udk. til r. l., der gaar ud fra dette synspunkt, betegner det som en «pligt» for en part, der selv eller ved fuldmægtig er tilstede i retten, at afgive erklæringer, saafremt opfordring stilles (kap. XII § 5), og paalægger parterne samme «pligt» som vidner til efter rettens indkaldelse at møde for denne (kap. XII § 10); men det anordner ikke direkte tvangsmidler til denne pligts opfyldelse. Følgen af, at «pligten» ikke opfyldes, er alene, at parten udsætter sig for, at hans forhold med hensyn til dets betydning for sagens udfald fortolkes paa den for ham ugunstigste maade (kap. XII § 12 jfr. §§ 4 og 5). Heller ikke her turde det være

Og modparten har i almindelighed netop interesse af, at den anden part ikke møder, ikke udtaler sig eller beviser, idet isaafald sagen regelmæssig gaar den sidste imod. Noget andet er det, at de processuelle partsrettigheder naturlig er knyttede til visse forudsætninger i henseende til den maade, hvorpaa de skal udøves (jfr. især § 83).

Med hensyn til parternes stilling til retten gjælder iøvrigt den hovedgrundsætning, at de har lige rettigheder.[5] Herved maa imidlertid bemærkes, at kun sagsøgeren har adgang til at faa sig positivt tilkjendt det, der er sagens gjenstand. Sagvolderen kan aldrig som saadan opnaa mere end frifindelse. Attraar han mere, maa han selv paa sin side optræde som sagsøger (modsøgsmaal). Denne grundsætning gjælder ogsaa i appelinstansen, hvor, som i afsnittet om appel vil blive vist, kun den part, der selv har appelleret, kan nedlægge paastand paa forandring i underinstansens afgjørelse. Men parternes ligestillethed viser sig ogsaa her i den fri adgang for sagvolderen til selv at optræde med stevning. Den omstændighed, at det er sagsøgeren, som tilstræber en forandring i den faktisk bestaaende tilstand, medens sagvolderen alene kræver opretholdelse af denne, bevirker, at det er sagsøgeren, som maa tilveiebringe det materiale, hvori en forandring skal kunne have sin fyldestgjørende grund. Lykkes ikke dette ham, bliver det bestaaende opretholdt. I denne forstand gjælder ogsaa i civilprocessen sætningen: *In dubio pro reo.*[6]

korrekt at konstruere nogen sand retspligt. Ingen vil falde paa at tale om nogen pligt for en kreditor til at anmelde sin fordring i et bo, hvor der er udstedt præklusivt proklama, eller til at indtale sit krav inden præskriptionstidens udløb. Og forholdet er i virkeligheden i retslig henseende forsaavidt det samme i alle tilfælde, hvor retsordenen til en undladelse af at hævde en rettighed eller en retslig adgang knytter dennes fortabelse.

[5] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 9—10; Planck Lehrbuch I § 55.

[6] I straffeprocessen har denne sætning en videre betydning; se Forelæsningerne over straffeproces p. 11—12.

§ 68.

BETINGELSERNE FOR DE PROCESSUELLE HANDLINGERS RETSLIGE VIRKNINGER. PROCESFORUDSÆTNINGERNE.[1]

I. For at de af parterne eller retten under rettergangen foretagne handlinger skal medføre de tilsigtede processuelle virkninger, opstiller procesretten visse betingelser dels i henseende til den processuelle handlings ytringsform (skriftlig eller mundtlig jfr. nedenfor § 74), dels i henseende til momenter, der ligger udenfor selve handlingen og enten staar i forbindelse med processubjekterne (rettens kompetens og habilitet, parternes evne til at føre proces paa egen haand, procesfuldmægtigs habilitet og legitimation) eller med gjenstanden (dens skikkethed til at undergives dom, *cumulatio inepta,* utilstedelig søgsmaalsændring) eller med fremgangsmaaden ved processens anlæg eller et enkelt processkridts fremme (derunder reglerne om forligsmægling, stevning etc.).

Mangler disse betingelser, vil det i visse tilfælde alene medføre den følge, at den enkelte proceshandling, for hvis vedkommende mangelen er tilstede, bliver at sætte ud af betragtning ved sagens afgjørelse, saaledes hvor en partsfremstilling alene er fremkommen mundtlig, eller hvor fremlagte beviser ikke fyldestgjør de for saadanne opstillede forskrifter. I andre tilfælde bevirker mangelen, at der overhovedet ikke kommer noget procesretsforhold istand eller, hvad der er det samme, udtrykt paa en anden maade, at retten ikke har pligt til og ikke adgang til at afgjøre sagen. De betingelser, der har denne sidste karakter, og som allerede er angivne i § 5,[2] benævnes, som der omhandlet, procesforudsætninger. Denne benævnelse

[1] Jfr. Schweigaard I § 68 (p. 299—304); Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 24—26; Bang og Larsen § 25; Deuntzer Civilproces p. 15; Forelæsningerne over straffeproces § 109 og det der i note 1 citerede; se ogsaa Schmidt Lehrbuch § 141 og den her anførte litteratur. Hovedskriftet er O. Bülow Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (1868); jfr. samme i Zeitschrift für Deutschen Civilprozess bd. 27 p. 235 ff.

[2] Se foran p. 27.

er dog forsaavidt mindre træffende, som procesforudsætningerne ikke er betingelser for proces i videre forstand, idet der ogsaa, hvor de mangler, kan blive rettergangsforhandling og dømmende afgjørelser (angaaende spørgsmaalet om sagens afvisning). Procesforudsætningerne er betingelserne for, at retten skal kunne tage det under processen reiste materielle retsspørgsmaal under paakjendelse; og de gjør sig gjældende uden hensyn til, om der foreligger nogen egentlig retstvist, idet de faar sin betydning ogsaa, hvor indstevnte udebliver eller erkjender søgsmaalets rigtighed. Procesforudsætningerne har forøvrigt tilsvarende betydning, hvor spørgsmaalet ikke er om fremme af en domssag, men af et enkeltstaaende rettergangsskridt (et tingsvidne eller retsligt skjøn). Ogsaa her har deres fravær den nedenfor under IV omhandlede virkning.

II. Procesforudsætningerne falder i to store hovedklasser: de absolute, hvis mangel dommeren paa embeds vegne har at tage hensyn til, og de relative, hvis mangel alene kommer i betragtning, naar det forlanges af nogen af parterne. De sidste begrunder saaledes en indsigelse mod fremme af vedkommende rettergang; og man kan her benytte udtrykket formelle indsigelser i modsætning til dem, der har hensyn til selve det reiste materielle retskrav.[3] Mangelen paa absolute procesforudsætninger begrunder derimod ikke nogen indsigelse i strengere forstand Vistnok vil det hyppig være parterne, der fra først af bringer en saadan paa bane, fordi de lettest vil have kjendskab til dens tilværelse; men dette har her kun den faktiske betydning, at de henleder rettens opmærksomhed paa mangelen, ikke den retslige karakter af et vilkaar for, at retten skal tage den i betragtning.[4]

[3] I den ældre procesteori anvendtes hyppig udtrykket *exceptiones dilatoriæ* paa de formelle indsigelser; men dette beror paa en skjæv systematiseren, idet ogsaa reelle indsigelser kan have en blot opsættende virkning; og det anførte romerske kunstudtryk anvendes i de romerske retskilder kun for sidstnævnte art indsigelser. Om den forvirring, som den heromhandlede systematiseren har voldt i denne lære, se især Bülows foran anførte skrift og Wrede Processinvändningar p. 14 ff.

[4] Allerede denne omstændighed viser, at det er for snevert at anskue den her omhandlede materie under synspunktet af indstevntes forsvar.

Af de absolute procesforudsætningers væsen flyder iøvrigt, at retten, strengt taget, i hvert tilfælde *ex officio* skulde kræve af parterne legitimation for deres tilstedeværelse I visse tilfælde iagttages dette ogsaa altid; saaledes maa forligsmæglingen dokumenteres, hvilket regelmæssig sker ved fremlæggelse af forligsklagen, forsynet med forligelseskommissærernes henvisningspaategning.[5] I andre tilfælde vil retten dog kun, hvor der frembyder sig anledning til tvivl, kræve særlige legitimationer, saaledes i henseende til en sagførers procesfuldmagt, en parts proceshabilitet.[6]

Om de formelle indsigelser i snevrere forstand mærkes iøvrigt nærmere følgende:

1) Vedkommende part maa fremsætte disse indsigelser, før han tager til gjenmæle i realiteten.[7] Denne sætning følger allerede af eventualmaximen (jfr. nedenfor § 80), men vilde forøvrigt ogsaa i et processystem, der ikke anerkjendte dette procesprincip, flyde af den naturlige grundregel for procedyrens anordning.[8] Derimod er det urigtigt[9] at grunde sætningen paa en stiltiende opgivelse af de formelle indsigelser; og adgangen til at fremsætte disse efter først at have procederet realiteten vil derfor heller ikke kunne holdes i kraft ved et udtrykkeligt forbehold,[10] ligesaa lidt som det hjælper vedkommende part, at han

[5] Fremlæggelse af den originale klage er dog ikke at anse som ueftergiveligt vilkaar, naar forligsmæglingen og dens gjenstand paa anden maade kan bevises; jfr. Ugebl. for lovk. I p. 380.

[6] Jfr. foran p. 228 og 274—5.

[7] Derimod er det i tilfælde, hvor forligsmægling prøves ved retten, ikke nødvendigt, at indsigelsen mod sagsanlægget fremsættes, før forligsunderhandlingerne er afsluttede; jfr. Schweigaard I p. 300.

[8] Se ogsaa strpl. § 323, sidste led; jfr. udk. til r. l. kap. IX § 5, der har samme regel, skjønt udkastet ikke gjennemfører eventualmaximen.

[9] Se f. ex. Schweigaard I p. 300; Nellemann l. c. p. 113—4.

[10] Naar Schweigaard I p. 303 kun vil lade forbeholdet have betydning, forsaavidt modparten ingen indsigelse har gjort derimod, viser det bedst, at her ikke er tale om nogen stiltiende opgivelse, ti til at udelukke muligheden af at antage en viljeserklæring vilde forbeholdet være tilstrækkeligt uden alt hensyn til den anden parts holdning. Naar forbeholdet virker under de af S. omtalte forhold, er det, fordi der her efter omstændighederne vil kunne foreligge en opgivelse fra modpartens side af hans adgang til at forlange regelen hævdet.

har været uvidende om nødvendigheden af strax at fremsætte sine formelle indsigelser. Derimod vil overensstemmende med almindelige procesgrundsætninger ogsaa senere kunne fremsættes formelle indsigelser, der er efterfølgende, eller om hvis tilværelse parten har været i undskyldelig vildfarelse.

Da alt, hvad der anføres i samme indlæg, i den skriftlige proces maa betragtes som anført samtidig, kan det ikke ansees som nogen retsforskrift, men vel som en af reglerne for logisk stofordning tilsagt regel, at bemærkningerne om realiteten i samme skriftstykke stilles efter bemærkningerne om procesforudsætningerne.[11]

For visse formelle indsigelser er det ved positive lovbud foreskrevet, at de skal fremsættes første rettens dag, da sagen foretages, og at vedkommende part saaledes ikke kommer tidsnok med dem, naar de fremsættes i første retsmøde, hvori han ytrer sig, selv om dette først sker efter en af ham begjæret udsættelse. Dette gjælder efter N. L. 1—2—24 værnetingsindsigelser, naar de fremsættes af nogen, «hvis værneting egentlig ei vides», det er nogen, der ikke har fast bopæl eller til firmaregistret anmeldt forretningssted, og som kunde benytte denne omstændighed til at chikanere sagsøgeren.[12] I almindelighed nævnes i denne forbindelse ogsaa forl.l. af 1824 § 62;[13] men denne lovbestemmelse omhandler ikke nogen sand processuel indsigelse, idet uberettiget møde ved fuldmægtig i forligelseskommissionen ikke hindrer processens fremme, men kun begrunder krav for modparten paa procesomkostninger.

2) At visse procesforudsætninger alene er relative, beror vistnok paa, at de hidhørende forskrifter væsentlig er opstillede i parternes interesse; men heraf maa det ingenlunde sluttes, at parten, for at kunne gjøre gjældende en paa mangel af en saadan procesforudsætning grundet indsigelse, i det enkelte tilfælde maa godtgjøre en konkret

[11] Jfr. forøvrigt her den foran i § 11, note 3 citerede dom i Retst. 1896 p. 516.

[12] Jfr. Ørsted i Eunomia III p. 501.

[13] Se saaledes Schweigaard I p. 299.

interesse af, at vedkommende rettergangsforskrift opretholdes. Han har ubetinget krav paa, at hans indsigelse, hvis den iøvrigt findes grundet, tages tilfølge, selv om han intet har lidt ved at rettergangsreglerne er tilsidesatte. Den mødende indstevnte er f. ex. ikke afskaaret fra at paastaa sagen afvist paa grund af formelle mangler ved stevningen, om han end faktisk har faaet al fornøden kundskab om stevnemaalet.[14]

III. Med hensyn til spørgsmaalet, om en fra først af manglende procesforudsætning under sagen kan afhjælpes,[15] bemærkes:

Mangler ved stevnemaalet vil kunne afhjælpes ved ny stevning, forudsat at denne falder i rette samtidig med hovedstevningen, men ikke, hvis dertil kræves en udsættelse af hovedsagen.[16]

Manglende habilitet hos nogen af retspersonalet bevirker, som før fremstillet, at andre beskikkes i deres sted, uden at sagen derfor forspildes.

Bestaar mangelen i, at nogen af parterne ikke har fuld proceshabilitet, synes den at maatte kunne afhjælpes ved, at værge eller kurator ratihaberer de passerede rettergangsskridt.

IV. Virkningen af, at nogen procesforudsætning mangler, er, hvor mangelen ikke kan afhjælpes, at vedkommende rettergangsskridt ikke kan fremmes, eller for hovedsagens vedkommende, at den af retten maa afvises, hvilket er den form, hvori retten hos os erklærer, at den ikke kan tage sagen under behandling.[17]

Er sagen fremmet til doms tiltrods for mangelen, vil

[14] Høiesteret har forøvrigt oftere (se saaledes Ugebl. for løvk. IX p. 230, Retst. 1887 p. 884 og 1888 p. 689) ladet den opfatning komme til udtryk, at det maa misbilliges, at en part gjør processuelle mangler gjældende, naar mangelen ingen konkret ulempe har medført.

[15] Jfr. foran p. 35—6.

[16] Jfr. frdn. 3 juni 1796 §§ 5 og 6; l. 4 juni 1892 § 22; Schweigaard I p. 233.

[17] Den romersk-tyske proces's *absolutio ab instantia* eller «Abweisung angebrachtermaszen». Ordet afvisning alene har derimod i den tyske proces samme betydning som hos os sagvolderens frifindelse.

dommen, forsaavidt adgang til appel staar aaben, kunne omstødes.

Er den dom, ved hvilken mangelen klæber, inappellabel, enten fordi den er afsagt af høiesteret, eller fordi appelfristen er udløben, vil enhver mangel paa de foreskrevne procesforudsætninger være uden retslig virkning. I henseende til virkning er saaledes enhver procesforudsætning alene relativ, d. e. bevirkende en betinget angribelighed. Der gives ingen mangel, som bevirker en absolut, uoprettelig ugyldighed af vedkommende rettergangsskridt.[18]

V. Som allerede i § 11 forklaret, foranlediger spørgsmaalet om procesforudsætningernes tilstedeværelse ikke altid en særskilt forhandling eller en særskilt afgjørelse. I mange tilfælde beror dette spørgsmaal paa omstændigheder, der staar i forbindelse med sagens realitet (saaledes f. ex. spørgsmaalet, om betalingsværneting er begrundet efter N. L. 1—2—16); og en forening af realitets- og formalitetsprocedyre vil da være naturlig. I de fleste tilfælde vil det dog for parterne medføre væsentlige ulemper at skulle indlade sig paa en realitetsprocedyre, der maaske vil vise sig at have været ganske spildt. Derfor har det altid været antaget, at der tilkommer hver af parterne — ligemeget den, der har gjort gjældende, at en procesforudsætning mangler, som modparten — en ret til at forlange særskilt paakjendelse af dette spørgsmaal, en ret, der ikke uden vilkaarlighed kan indskrænkes til det tilfælde, at det kun er en del af sagen, der paastaaes afvist.[19] Er der flere relative procesforudsætninger, om hvis mangel der er tale, vil ingen af parterne ensidig kunne fordre hver enkelt af dem særskilt forhandlet og afgjort.[20] Eventualmaximen finder nemlig ogsaa her anvendelse, hvilket medfører, at de indsigelser, som ikke er fremsatte, saa snart som dertil er anledning, er forspildte, uden at

[18] Jfr. foran p. 35.

[19] Jfr. Schweigaard I p. 301—2; Nellemann l. c. p. 116 ff. og Bang og Larsen l. c.

[20] Jfr. Deuntzer l. c. p. 171—2, der ogsaa antager, at særskilt paakjendelse af de enkelte processuelle indsigelser kan finde sted, naar parterne er enige derom.

her noget forbehold vil kunne holde dem i kraft. Spørgsmaalet om de absolute procesforudsætningers tilværelse vil derimod naarsomhelst under sagens gang kunne reises og paakalde en særskilt afgjørelse.

Retten vil aldrig *ex officio* kunne foranledige en særskilt forhandling om procesforudsætningerne. Selv hvor den antager, at en absolut procesforudsætning mangler, er det ikke stemmende med vore rettergangsregler, at den af egen drift optager dette spørgsmaal til kjendelse, før sagen af parterne selv undergives saadan.

ANDET KAPITEL

FORHOLDET MELLEM PARTSHANDLINGER OG DOMMERHANDLINGER

§ 69.

PARTERNES OG RETTENS VIRKSOMHED VED PROCESSENS DRIFT.

Spørgsmaalet om, i hvilken udstrækning selve processens drift sker ved parternes selvvirksomhed, og i hvilken udstrækning det er nødvendigt for disse at paakalde rettens medvirkning for at faa et rettergangsskridt fremmet, er, som i § 8 paavist, ikke af principiel natur og staar ikke i særlig forbindelse med spørgsmaalet om forhandlingsmaximens gjennemførelse. Det bliver væsentlig at afgjøre efter hensigtsmæssighedshensyn og er i de forskjellige lovgivninger besvaret forskjelligt.[1]

Efter vor procesret er hovedregelen, at alle udenretslige indkaldelser af modparter og vidner (stevninger) udgaar fra parterne selv uden medvirkning af retten.[2] Det er endog under straf forbuden dommeren at bistaa parterne med affattelse af stevninger.[3]

[1] Jfr. foran p. 46.

[2] Se Schweigaard I § 63. N. L. 1—23—1 bestemmer, at «kaldsedler til hjemtingene skrives af sagsøgeren selv», jfr. N. L. 1—4—3, 4, 7, 21 og frdn. 3 juni 1796 § 17, der endog tilsteder mundtligt stevnemaal, hvilket dog efter l. 4 juni 1892 § 3 er bortfaldt.

[3] Se frdn. 19 aug. 1735 § 17.

Fra hovedregelen gjælder for det første undtagelse ved appelinstanserne, idet stevningen her udfærdiges i rettens navn.[4] Men vedkommende part har at indlevere udkast til stevningen til rettens sekretær, ligesom det er parten, der selv besørger denne forkyndt. Rettens medvirkning ved stevningens udfærdigelse er saaledes af en rent ydre og formel natur. Den foretager ingen prøvelse af, om stevnemaalet fyldestgjør procesreglernes bud. Paa samme maade som ved appelinstanserne forholdes ved dømmende kommissioner.[5]

En anden undtagelse fra hovedregelen om udenretsligt stevnemaal gjælder i visse tilfælde af den extraordinære civilproces[6] — navnlig søretssager, private politiretssager, bagatelsager (l. 8 mai 1869 § 13) —, hvor selve indkaldelsen besørges af retten.

Hvor en udenretslig indkaldelse ikke lyder paa en fast retsdag, men gjælder et retsmøde, der skal berammes, er selvfølgelig rettens medvirkning ved berammelsen nødvendig, men stevningen bliver derfor ligefuldt udenretslig.

For den retslige forhandling gjælder, at den ledes af retten, og at parternes virksomhed her alene kan bestaa i begjæringer, rettede til dommeren, og fremstillinger til begrundelse af disse (jfr. foran § 66). Dette gjælder ogsaa bevisførselen, idet parterne ikke (som i straffeprocessen) direkte foretager afhørelsen af vidnerne.

Paa den form, hvori parternes deltagelse i forhandlingen foregaar, har dommeren i sager, hvor sagførere optræder, ingen anden indflydelse end den, der flyder af hans haandhævelse af rettergangspolitiet. I sager, der føres af parten selv, og hvor denne benytter sin ret til mundtlig fremstilling, har dommeren efter frdn. 3 juni 1796 § 15 i. f at besørge fremstillingen tilført protokollen i «vedbørlig form og orden.»

[4] Se for stiftsoverretterne frdn. 11 aug. 1797 § 22 jfr. instr. 9 januar 1819 § 14, for høiesteret l. 12 sept. 1818 § 5.
[5] Jfr. pl. 14 juni 1771; Schweigaard I p. 259.
[6] Se mere herom i syvende hovedafsnit.

§ 70.

DISPOSITIONS- OG FORHANDLINGSGRUNDSÆTNINGERNE.[1]

I. Den almindelige karakter af de retssætninger, man sammenfatter under de i overskriften nævnte procesprinciper, er belyst i § 8. I nærværende paragraf bliver nærmere at paavise, hvorledes disse grundsætninger er gjennemført i vor gjældende civilprocesret, særlig med hensyn til sagens realitet, idet det vil fremgaa af det i § 68 udviklede, i hvilken udstrækning de finder anvendelse paa procesforudsætningernes haandhævelse.

Som almindelig bemærkning gjælder, at baade dispositions- og forhandlingsgrundsætningen i vor nuværende procesret i de regelmæssige tilfælde er gjennemført med en strenghed, der i lige grad staar i modsætning til lovbogens (se N. L. 1—5—8) som nyere lovgivningers standpunkt, idet dommerens virksomhed strengt er indsnevret inden de af partshandlingerne (procedyren) optrukne grænser.

Til nærmere belysning vil det være hensigtsmæssigt særskilt at betragte a) dommerens forhold til parternes paastande og b) hans forhold til de fremstillinger, hvorpaa disse støttes.

Ad a) For det første punkts vedkommende medfører forhandlingsprincipet den naturlige og ogsaa i alle nyere processystemer gjennemførte sætning, at dommeren ikke kan gaa videre end af parterne begjært, en sætning, der — forsaavidt dommen angaar — allerede flyder af, at dommeren ingen selvstændig adgang har til at forføie over civilprocessens gjenstand. Han kan saaledes ikke tilkjende sagsøgeren renter, naar denne kun har krævet hovedstolen, hvor klar end berettigelsen til ogsaa at kræve renter maatte være.[2] Heller ikke kan retten tilkjende

[1] Se foran § 8; Schweigaard I §§ 51 og 137; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 1, nr. 2 og § 161; Faith Jur. afhandlinger 2den række p. 1 ff.; Deuntzer Civilproces p. 130—4.

[2] En anvendelse af hovedregelen er det, at dommeren ikke kan tage en subsidiær paastand under paakjendelse, naar han giver den principale medhold; ti den betingelse, hvorunder den subsidiære paastand er fremsat, er isaafald ikke indtraadt; jfr. Retst. 1889 p. 565—7; jfr. dog Retst. 1896 p. 520.

parterne noget kvalitativt andet end af dem begjært, saaledes ikke tingens værdi istedetfor tingen selv.[3] Derimod kan dommen selvfølgelig gaa ud paa mindre end den udtrykkelige paastand, idet den, der begjærer det mere, altid i mangel af modsat erklæring maa antages subsidiært at begjære det mindre.[4] I det hele taget er det klart, at retten ligeoverfor procespaastanden, der i sit væsen er en viljeserklæring, har at se hen til, hvad der kan antages at have været vedkommende parts virkelige mening, og er berettiget til at fortolke paastanden overensstemmende hermed, naar viljen deri har givet sig et mindre fuldkomment udtryk (f. ex. give dom lydende paa frifindelse, hvor paastanden urigtig lyder paa afvisning, berigtige aabenbare unøiagtigheder o. s. v.).[5]

Ad b) Med hensyn til rettens forhold til parternes begrundelse af den nedlagte paastand maa atter sondres:

α) Retten kan regelmæssig ikke af egen drift gjøre forsvars- eller angrebsmidler gjældende til fordel for nogen, d. e. den kan ikke bygge sin afgjørelse — være sig til gunst for sagsøgeren eller for sagvolderen — paa kjendsgjerninger, der ikke under procedyren har været paaberaabte af parterne, selv om den maatte finde, at tilstedeværelsen af en saadan fremgaar af bevisførselen; den kan f. ex. ikke paa egen haand bygge afgjørelsen derpaa, at den paasøgte gjæld er præskriberet, eller at de varer, for hvilke beløbet paastaaes skyldigt, ikke var kontrakts-

[3] Se dog Retst. 1850 p. 657 (jfr. om og mod denne dom Getz Paaanke p. 98 note 3); se ogsaa Retst. 1852 p. 45, nederst.

[4] En anvendelse heraf indeholdes i den i Retst. 1874 p. 515 meddelte høiesteretsdom, hvorved det antoges, at paastand om at frifindes for fravigelse af en husmandsplads stiltiende indeholdt paastand om i tilfælde at frifindes for erstatning for afsavn. For vidt gaar derimod i denne henseende den i Ugebl. f. lovk. VII p. 64 meddelte underretsdom, ved hvilken antoges, at paastand om hel frifindelse maatte antages subsidiært at indeholde paastand om frifindelse for at betale renter fra et tidligere tidspunkt end forligsklagen.

[5] Jfr. Retst. 1881 p. 33 (paastanden lød paa et vist kvantum tømmer; retten berigtigede dette overensstemmende med procedyren til træer). Jfr. ogsaa Retst. 1872 p. 36 og 1892 p. 338; 1901 p. 577 ff. (især p. 579); Ugebl. for lovk. III p. 165, VIII p. 161, IX p. 81.

mæssige, eller give sagsøgeren i et vindikationssøgsmaal medhold paa grund af hævdsbetingelser, der ikke er paaberaabte, o. s. v.[6] Selv ikke om de saakaldte notoriske kjendsgjerninger (jfr. nedenfor § 94, II) gjælder noget andet (dommeren kan f. ex. ikke til fordel for en indstevnt. der sagsøges i anledning udeblivelse fra tjeneste paa en aftalt dag, *ex officio* gjøre gjældende, at veien paa vedkommende dag notorisk var ufremkommelig paa grund af overhændigt veir.)

Den her opstillede regel er, som allerede i § 8 antydet, begrundet deri, at dommeren ved her at gaa udenfor partsprocedyren, vilde overskride den ham naturlig anviste objektive og upartiske stilling. Dels vilde han paa denne maade lettelig kunne komme til at gjøre gjældende momenter, som parterne med vilje har forbigaaet, fordi de af en eller anden grund ikke ønskede dem medtagne. Dels endelig vil retten altid særlig let være udsat for feiltagelser, hvor den bygger paa et moment, der under procedyren ikke har været gjenstand for forhandling mellem parterne.

En friere stilling vil retten dog indtage ligeoverfor omstændigheder, der bevirker, at det retskrav, der under sagen gjøres gjældende, misbilliges af lovgivningen. Saadanne omstændigheder maa dommeren, forsaavidt de overhovedet fremgaar af sagen, tage i betragtning uden hensyn til, om de er paaberaabte af parterne.[7] Herhen hører f. ex. den omstændighed, at et krav er ugyldigt som udspringende af spil eller væddemaal; se l. om den alm. str.l.s ikrafttræden af 22 mai 1902 § 12. Derimod vil efter samme lovs § 17 ikke længer aagerindsigelsen kunne gjøres gjældende paa embeds vegne, heller ikke den om-

[6] Jfr. dog Deuntzer l. c. p. 131—2, der antager, at retten «kun da er udelukket fra at anvende et af sagens akter fremgaaende datum, naar der ifølge partens erklæring eller hans hele procedyre er tilstrækkelig grund til at antage, at han ikke vil gjøre det gjældende.» Jfr. herimod det i note 9 anførte.

[7] Jfr. Nellemann l. c. p. 851—2 jfr. 141—2; J. Lassen Nullitet og anfegtelighed p. 47—8. — Jfr. Retst. 1897 p. 398 (hvor forøvrigt urigtig afvisningsformen blev benyttet).

stændighed, at kravet hidrører fra kredit, givet umyndige eller mindreaarige.

Forskjelligt fra det i det foregaaende behandlede spørgsmaal, om retten kan bygge paa kjendsgjerninger, som parterne ikke har paaberaabt, er spørgsmaalet, om den ved sin afgjørelse kan tage hensyn til omstændigheder, som vel ikke den part, til hvis fordel de er, har paaberaabt sig, men som er anført af modparten; f. ex. om dommeren, uden at det er paaberaabt af indstevnte, i et gjældssøgsmaal kan bygge hans frifindelse derpaa, at sagsøgeren selv har angivet en datum for gjældens stiftelse, hvorefter den er præskriberet, eller om han i en arvesag til fordel for den indstevnte slægtsarving kan bygge paa den alene af sagsøgeren anførte kjendsgjerning, at det testament, hvorpaa han støtter sit krav, først flere dage efter dets oprettelse blev underskrevet af vidnerne, der ikke havde været tilstede ved oprettelsen, men alene hørt testator omtale det, eller om den i en sag om opfyldelse af hyrekontrakt kan frifinde indstevnte paa grund af den alene af sagsøgeren anførte omstændighed, at kontrakten var mundtlig.

Paa dette sidste spørgsmaal giver forhandlingsgrundsætningen som saadan intet svar; ti denne angaar alene rettens forhold til parterne, ikke parternes indbyrdes forhold. De grunde, der taler mod, at retten under sin bedømmelse inddrager kjendsgjerninger, som parterne overhovedet ikke har paaberaabt, kan ikke gjøres gjældende, naar spørgsmaalet er, om en kjendsgjerning, for at kunne komme i betragtning, maa være anført af den ene eller den anden af parterne. I sagen selv er der neppe tilstrækkelig grund til at opstille den regel, at dommeren aldrig til fordel for en part skulde kunne tage hensyn til omstændigheder, som alene modparten har anført; og det vilde i mange tilfælde lede til ganske urimelige resultater, om dommeren skulde være nødt til at give en parts paastand medhold, uagtet han af dennes egen fremstilling kan se, at den ikke er tilstrækkelig retslig begrundet.

I dommerens adgang til at gjøre gjældende frifindelsesgrunde, som ikke vedkommende part selv, men alene mod-

parten har paaberaabt, maa der dog i ethvert fald gjøres en indskrænkning, der flyder af det under a) anførte: Dommeren kan aldrig bygge paa en parten tilkommende selvstændig ret (retsforfølgende indsigelse),[8] uden at han selv har gjort den gjældende; f. ex. ikke frifinde indstevnte i et vindikationssøgsmaal paa grund af en ham tilkommende, alene af sagsøgeren paaberaabt leieret, ikke i et gjældssøgsmaal uden efter sagvolderens paastand foretage modregning med en denne efter sagsøgerens fremstilling tilkommende modfordring o. s. v. Retten kan nemlig, som foran paavist, ikke selvstændig forføie over parternes privatrettigheder og derfor heller ikke gjøre disse gjældende — være sig som grundlag for selvstændige krav eller for frifindelsespaastande — uden efter parternes eget initiativ.[9]

[8] Jfr. foran p. 310.

[9] Spørgsmaalet om, hvorvidt dommeren kan tage hensyn til forsvars- eller angrebsmidler, som ikke vedkommende part selv, men modparten har paaberaabt sig, er noget anderledes besvaret i første udgave af nærværende skrift; se ogsaa Schweigaard I p. 332, øverst. Se imidlertid den overbevisende udredning, som spørgsmaalet har faaet af O. Bülow Das Geständnissrecht (1899) p. 286 ff.; se ogsaa O. Fischer Recht und Rechtschutz p. 99; Schmidt Lehrbuch p. 344. Forsaavidt det er til disse fremstillinger, Deuntzer paa det i note 6 anførte sted sigter, naar der tales om anskuelser, der «i nyere tid» er fremførte, maa det bemærkes, at de ikke gaar saa vidt som den der fremstillede opfatning. Ti heller ikke de nævnte forfattere lader det være nok, at en kjendsgjerning fremgaar «af sagens akter», naar den ikke er paaberaabt af nogen af parterne. Mod en saa vidt gaaende lære gjælder alle de principielle betænkeligheder, der overhovedet giver forhandlingsmaximen dens principielle berettigelse. Vistnok kan det ikke opstilles som ufravigelig regel, at en kjendsgjerning for at komme i betragtning maa være udtrykkelig paaberaabt af en part, naar det af hans hele procedyre fremgaar, at han vil have den taget i betragtning. Og efter omstændighederne vil her ogsaa en henvisning til det af parten fremlagte bevismateriale kunne ansees tilstrækkelig, naar det gjælder kjendsgjerninger, der er til partens egen fordel. Derimod maa man i denne henseende vise den yderste varsomhed, naar det gjælder at udnytte kjendsgjerninger imod den part, af hvis fremstilling man mener at kunne udlede dem. Her bør ikke en generel henvisning til fremlagte bevisligheder ansees tilstrækkelig; men der maa kræves en speciel fremhæven af vedkommende kjendsgjerning i selve partsfremstillingen. Under en mundtlig rettergang, hvor dommeren har en mere udpræget procesledelse,

β) Hvad beviset angaar, fremtræder de her behandlede procesprinciper betydning for det første deri, at dommeren i den regelmæssige civilproces overhovedet ikke har at kræve bevis for kjendsgjerninger, som ingen af parterne bestrider,[10] en sætning, hvis praktiske rækkevidde der vil blive anledning til gjentagende i det følgende at belyse, særlig i læren om egen tilstaaelse (§ 103).

Forsaavidt angaar bevismaterialets tilveiebringelse, formulerer præmisserne til frdn. 8 marts 1799 regelen derhen, at «dommeren alene bør indskrænke sig til at dømme efter de beviser, som de paagjældende opgiver og forskaffer, uden at han fra sin side bidrager umiddelbart til sagens oplysning». Retten har saaledes hverken at udfolde nogen selvvirksomhed til fremskaffelse af bevis eller veilede parterne med hensyn til, hvilke beviser de bør tilveiebringe. I forbindelse hermed staar den passive stilling, som dommeren indtager under vidneførselen, idet han ikke ansees berettiget til at forelægge vidnerne selvstændige spørgsmaal, hvis øiemed gaar videre end til at tydeliggjøre svarene og forebygge modsigelser.[11]

At dommeren ikke paa egen haand kan anordne noget

vil misforstaaelser, der kan foranlediges ved dommerens benyttelse af saadanne kjendsgjerninger, kunne undgaaes ved dommerens adgang til under sagen at rette spørgsmaal til parterne (jfr. Bülow l. c. p. 302 ff.). Men under et skriftligt processystem savnes det heri liggende kautel; og derfor er her opfordringen til al kræve en tydelig og speciel fremhæven under selve procedyren af de relevante kjendsgjerninger saa meget mere bydende. Dette belyses særlig ved det i praxis hyppig forekommende tilfælde, at sagsøgeren i en gjældssag nedlægger sin paastand under henvisning til en af ham fremlagt regning, der er paaført kvittering. Kan man her fortolke hans procedyre, som om han selv har anført, at hans fordring er betalt? Aabenbart ikke. Den omstændighed, at han selv er i besiddelse af regningen, lægger den antagelse nær, at kvitteringen — som sædvanlig sker — er paaført regningen paa forhaand i forventning om, at den ved forevisning vil blive betalt (jfr. ogsaa Deuntzer l. c. p. 193). Kun hvor det dokument, det gjælder, er en retsstiftende akt (et gjældsbrev, en kontrakt), vil man maaske være berettiget til at anse alle sider af dette som paaberaabt af den part, der fremlægger det. Jfr. forøvrigt nedenfor § 89, II.

[10] Se foran p. 40 med note 11.

[11] Jfr. mere herom i § 112.

rettergangsskridt til opklarelse af faktum, hindrer dog ikke, at han kan gjøre den endelige dom afhængig af et supplerende skjøn eller af partsed, selv om ingen udtrykkelig paastand herom er nedlagt. Ti paastand paa en ubetinget dom maa altid antages at indeholde en subsidiær paastand paa en betinget.

Ved udnyttelse af det af parterne tilveiebragte bevis er retten forsaavidt ikke bunden ved parternes procedyre, som den kan bygge sin overbevisning om de af parterne paaberaabte kjendsgjerningers tilværelse paa andre dele af beviset (andre vidneudsagn, andre udtryk i de fremlagte dokumenter) end de af parterne under procedyren udtrykkelig paaberaabte.

γ) Ligeoverfor de retslige bestanddele af partsfremstillingerne har dommeren fuldstændig frie hænder. Det er dommerens sag at anvende loven paa de fakta, som parterne forelægger ham *(jura novit curia)*, og disses retslige fremstillinger har alene en veiledende betydning. De udelukker ikke, at retten kan anvende ganske andre retsgrundsætninger end den af parterne paaberaabte eller bygge paa en anden forstaaelse af loven end den af parterne forudsatte. Kun vil det, praktisk taget, sjelden hænde, at retten anvender en retsregel, der under procedyren har været helt uberørt, fordi isaafald de fornødne faktiske forudsætninger for regelens anvendelse lettelig vil savnes. Det vil nemlig udkræves ikke blot, at de relevante kjendsgjerninger fremgaar af det dokumenterede, men — forsaavidt talen er om nye, af vedkommende retsregel udledede angrebs- eller forsvarsmidler (f. ex. hævd som eiendomsgrundlag, præskription som frifindelsesgrundlag) — tillige, at de relevante sider af faktum er paaberaabte af parterne (jfr. foran under α).[12]

[12] Jfr. forøvrigt til belysning kasuistikken hos Schweigaard II p. 15—19 og de der citerede domme, hvortil kan føies Retst. 1891 p. 333, 337—338 samt Ugebl. for lovk. IV p. 118 (antaget, at den betragtning, at misligholdelse fra kjøberens side af kjøbekontrakt ei efter loven begrunder krav paa den solgte tings tilbagelevering, kunde lægges til grund for dommen, uden at dette moment særlig var paaberaabt af parterne); Retst. 1899 p. 351 (i en sag, der af en enke var anlagt til erstatning i an-

Hvad foran er sagt om retssætningernes anvendelse, gjælder ogsaa de almindelige erfaringssætninger, der i mange tilfælde er grundlag for de førstes anvendelse, dog kun forsaavidt disse kan forudsættes at kjendes af alle personer med en dommers uddannelse og livserfaring og ikke kræver særlig bevisførsel ved sagkyndige. Herom mere i § 94.

II. Fra hovedregelen om forhandlingsgrundsætningens gjennemførelse gjælder der undtagelser i visse sager. Saaledes er det allerede i § 8 bemærket, at den overhovedet ikke finder anvendelse i sager, hvis gjenstand ikke er parternes frie raadighed undergivne, f. ex. skilsmissesager.

I andre tilfælde er der givet dommeren en friere stilling ligeoverfor tilveiebringelsen af sagens bevismateriale. For det første bestemmer frdn. 3 juni 1796 § 13 i. f., at dommeren, naar den mødende part er en enfoldig almuesmand, bør hjælpe ham til rette og redelig bidrage til sagens oplysning. Som det fremgaar af den sammenhæng, hvori denne bestemmelse er given, sigter den alene til dommerens forhold ligeoverfor afhørelsen af vidner, som parten selv har indstevnt. Lovens tanke er ikke — som ogsaa l. 8 mai 1869 § 14a viser —, at dommeren skal bistaa parten med indhentelse af bevis ved at give anvisning paa indkaldelse af vidner, fremlæggelse af dokumenter el. lign. Denne videregaaende virksomhed ved bevismaterialets tilveiebringelse paalægges derimod dommeren i visse tilfælde af den extraordinære civilproces, nemlig i den private politiproces (frdn. 8 marts 1799), bagatelprocesser efter l. 8 mai 1869 § 14, processer for forligelseskommissionen som dømmende ret i aastedssager (l. 17 juni 1880 § 6), samt i søretssager efter søf.l. 20 juli 1893 § 317, 3dje led. Ogsaa i sager til erhvervelse af eiendomsdom efter l. 6 marts 1869 § 12 og skibsregisterloven 4 mai 1901 § 34 samt i de i lov om forfatterret og kunstnerret

ledning af hendes mands død, gjordes af retten udenfor procedyren gjældende, at erstatningsansvaret var betinget af, at der forelaa en strafbar handling); jfr. ogsaa Retst. 1897 p. 497; Hambro Byretsdomme nr. 2555.

4 juli 1893 § 6, næst sidste led omhandlede tilfælde gives der retten en selvstændig adgang til at anordne oplysninger.

Det er i disse tilfælde kun dommerens forhold til bevismaterialets tilveiebringelse, der er underkastet større frihed. Derimod gjælder der her ingen undtagelse fra de under I—a og b—α) opstillede regler, ligesom heller ikke fra den i begyndelsen af b—β) omhandlede sætning, at dommeren ikke har at kræve bevis for uomstridte kjendsgjerninger.[13]

[13] Det er derfor urigtigt, naar man har for private politisager og sager, hvor parten ikke har mødt ved sagfører, villet grunde en videre adgang til i overinstansen at inddrage nye angrebs- og forsvarsmidler paa den betragtning, at undladelsen af deres anbringelse i underinstansen beror paa en forsømmelse fra dommerens side (Getz Paaanke p. 91; Ugebl. for lovk. VI p. 137 ff., især p. 141; Retst. 1866 p. 762 ff.); se Anden del § 150, note 24.

TREDJE KAPITEL

RETTERGANGENS YDRE FORMER

§ 71.

TIDEN FOR RETTERGANGEN [1].

I. For de almindelige retter er der anordnet faste retsdage.

For underretterne gjælder i saa henseende følgende regler:

Byting og andre ordinære underretter skal holdes en gang om ugen «paa de dage som sædvanligt er» (N. L. 1—3—5). For en række byer er det ved senere speciallove overladt kongen at bestemme, hvor ofte byting skal holdes [2].

Paa landet skulde der efter N. L. 1—3—6 i hvert tinglag holdes ting (de saakaldte almindelige sage- og skatteting) [3] overensstemmende med en lovbogen ved-

[1] Schweigaard § 15; Nellemann Alm. del § 35.

[2] Se saaledes for Kristiania l. 11 april 1878 jfr. resol. 13 juli s. a., 23 juni 1888 og 8 decbr. 1900, for Bergen res. 29 decbr. 1899 post I. Se iøvrigt Lovtidenden (jfr. citaterne hos Schweigaard I p. 52).

[3] Saaledes kaldet, fordi ogsaa skatteopkrævning ved fogden foregaar paa disse. — Hvor to herreder udgjør et tinglag, har man exempel saavel paa, at der holdes særskilt ting for hvert herred (Glemminge og Tune) som paa, at der holdes fælles ting, men paa to forskjellige dage (Aas og Frogn).

heftet tavle, hvorved i regelen ting kom til at holdes tre gange aarlig. De i lovbogens tingtavle anordnede retsdage er senere ved en række særlige anordninger for flere tinglags vedkommende ændrede. Ved siden af disse ting skal der efter frdn. 5 mai 1797 § 1 holdes maanedsting[4] en gang i hver maaned, i hvilken der ikke holdes almindeligt sageting, en forskrift, der dog flere steder ved særlige anordninger er bleven underkastet indskrænkninger. Tiden for maanedstingene anordnes for hvert aar af amtmanden.

Foruden disse ting, ved hvilke rettergangshandlinger af hvilkensomhelst art kan finde sted, skal der efter l. 12 oktbr. 1857 §§ 9 og 10 af amtmanden anordnes saakaldte extrating, der skal holdes saa ofte, at i regelen tinglysning kan finde sted i byerne 2 gange hver uge og paa landet 2 gange hver maaned. Disse extrating, der holdes under ét for hele jurisdiktionen, og ved hvilke der alene tilkaldes 2 retsvidner (l. 1857 § 10), var oprindelig blot bestemte til tinglysning; men efter l. 4 juni 1892 § 24 kan ogsaa procedyre finde sted der, ligesom kjendelser kan afsiges. Dog kan hverken vidneførsel finde sted eller skjøn afgives, med mindre saavel dommeren som alle andre «vedkommende» samtykker deri. Vedkommende er her ikke blot parterne, men ogsaa vidner og skjønsmænd, der aldrig mod sin vilje kan tvinges til at møde ved extrating. Betingelserne for en retsbehandling ved extrating er iøvrigt, at sagen er udsat til et saadant. En sag kan ikke fra først af anhængiggjøres ved det[5].

De ordinære retsmøder skal begynde ved et i loven fastsat klokkeslet (se N. L. 1—3—5 og 6), der dog i retsbrugen ikke overholdes strengt. Nogen begrænsning af den daglige arbeidstid er ikke sat saaledes som i strpl. § 33[6]. Kan behandlingen af de foreliggende sager ikke tilendebringes paa én dag, maa tinget udsættes til den følgende dag, forsaavidt dertil er anledning. Saadan an-

[4] Jfr. foran p. 174—5.

[5] Jfr. forøvrigt nedenfor § 75.

[6] Se derimod udk. til d. o. § 216: «Retternes daglige arbeidstid bør i almindelighed ikke overstige otte timer».

ledning vil dog ofte savnes ved de almindelige sage- og skatteting, idet disse i almindelighed er berammede i tæt rækkefølge, for at dommeren paa samme reise skal kunne bestyre flere. For saadanne tilfælde giver frdn. 19 august 1735 § 8 dommeren adgang til at beramme en særskilt tingdag (saakaldt udsættelsesting) til behandling af de tiloversblevne sager.

Foruden de i det foregaaende fremstillede ordinære retsmøder kan der ogsaa holdes extraordinære retsmøder for behandlingen af enkelte sager eller enkelte rettergangsskridt (saakaldte extraretter). En saadan extraret vil altid være fornøden, hvor en retshandling skal fremmes paa aastedet. Ellers er adgangen til extraretsbehandling afhængig af selve sagens beskaffenhed. Idet herom henvises til afsnittet om den extraordinære civilproces, skal her kun den almindelige bemærkning finde plads, at de ordinære ting heller ikke med begge parters samtykke kan fraviges. Anordningen af retsmøderne er ligemeget dikteret af hensynet til retten og den hensigtsmæssigste disposition af dens tid og arbeide som af hensynet til parterne. Det bør heller ikke komme i betragtning, om dommeren er villig til at sætte extraret. Ti herved vilde der aabnes adgang til en vilkaarlighed, der vilde unddrage sig den ellers ligeoverfor dommerhandlinger regelmæssige kontrol af overordnet ret, ligesom et saadant hensyn vilde savne principiel berettigelse, idet det ikke er den enkelte dommer personlig, men vedkommende ret som institution, hvortil hensyn er tagen ved tingordningen[7].

[7] Jfr. frdn. 19 aug. 1735 § 1, hvilken bestemmelse, om den end nærmest sigter til at hindre den misbrug, at amtmændene bevilgede særegne extrating (se de oplysninger om frdn., der er meddelte af L. Aubert i Ugebl. f. lovk. IX p. 370 jfr. Johs. Bergh i Tidsskr. for retsvidenskab 1889 p. 12 ff.), dog utvivlsomt giver udtryk for den i texten fremhævede opfatning af tingordningens karakter. Schweigaard (I p. 56) finder det unaturligt, at en forresten fuldgyldig dom skulde kjendes uefterrettelig, fordi sagen, skjønt med begge parters samtykke, var behandlet udenfor den almindelige tingtid. Herved maa imidlertid bemærkes, at lovgivningen endog har knyttet gyldigheden af forligsmægling til det vilkaar, at den er foretagen i de ordinære møder (jfr.

I retsbrugen er det almindeligt, at domme afsiges ved extraret. Det sædvanlige er dog, at dommen bagefter «aflæses» ved et ordinært ting, men dens gyldighed kan ikke antages afhængig af, at dette er iagttaget.

II. For overretterne bestemmer frdn. 11 aug. 1797 § 5, at de skal holdes hver uge og begynde den første søgnedag om morgenen kl. 9 samt vedvare uafbrudt til kl. 1, saalænge der er noget at forrette. Dersom sagernes mængde eller vidløftighed udkræver det, bør de holdes flere dage efter betimelig tilsigelse af alle vedkommende [8].

III. Høiesterets sammentræden er efter l. 12 septbr. 1818 § 3 knyttet til tvende saakaldte sessioner, hvoraf den første begynder anden tirsdag efter nytaar, den anden første tirsdag i september. Enhver af sessionerne vedvarer, saalænge de til sessionen indstevnte sager kræver det. I mellemtiden fra første til anden session samles retten kun til paadømmelse af kriminelle sager [9].

IV. Efter N. L. 1—3—4 maa ingen rettergang holdes paa helligdage eller i paaskeugen eller tre dage før pinsedag eller fra 21 december til 6 januar (saakaldte retsferier); men saafremt der indtræffer en fast tingdag paa en af disse dage, skal næste søgnedag holdes for rette tingdag. Bestemmelserne om disse retsferier synes rettest at burde opfattes derhen, at dommeren ligesaalidt er forpligtet til at sætte ret i disse, som parter eller vidner eller andre, der har at være tilstede i retten, er forpligtede til at møde, men at rettergangsskridt, der er blevne frem-

l. 20 juli 1824 § 21 og foran p. 120); og det vilde da være besynderligt, om den skulde tillægge dette moment mindre vægt ved retsbehandlingen. Jfr. iøvrigt om spørgsmaalet især Johs. Bergh i Tidsskr. for retsvidenskab 1889 p. 42 ff. og det der citerede.

[8] Jfr. Retst. 1888 p. 32, hvor det sees, at det i høiesteret er blevet misbilliget, at en overretssag er bleven paadømt ved en extrasession, holdt lørdag, men at dog dommens gyldighed ikke er antagen at berøres heraf.

[9] Bestemmelsen i l. 1818 § 3 om de ugentlige retsdage ansees ikke i den forstand bindende, at ikke ret kan holdes ogsaa mandag og lørdag, naar sagernes antal gjør det paakrævet, og rettens arbeidskræfter tillader det. For tiden holdes ret de fem sidste ugedage, i sommermaanederne fra kl. 9 til 2, i vintermaanederne fra $9^1/_2$ til $2^1/_2$.

mede under retsferien, ikke er at anse som ugyldige eller angribelige [10].

§ 72.

RETSSTEDET [1].

Efter N. L. 1—3—2 skal bygdetingene «holdes paa bekvemme steder, som dertil er eller herefter beskikkede vorde» jfr. frdn. 5 mai 1797 § 2, der for maanedstingene bestemmer, at tingstedet skal være omtrent midt i distriktet, saa at ingen beboer af dette har længer vej til tinget end 4 mil. Den nærmere bestemmelse af det faste retssted antages at tilkomme overøvrigheden (amtmanden)[2]. De ved l. 12 oktbr. 1857 §§ 9 og 10 anordnede extrating holdes paa sorenskriverens kontor.

Hvad de for et enkelt tilfælde anordnede extraretter angaar, er det klart, at de, hvor aastedsbefaring skal finde sted, maa sættes paa aastedet; men ogsaa ellers fraviges i retsbrugen ofte ved extraretter benyttelsen af det faste tingsted, hvor derved lettelse kan opnaaes for dommer og parter (hyppig benyttes dommerens kontor)[3].

I en række tilfælde er det ved kongelige resolutioner tilladt, at fast retslokale eller tilfældige retsmøder holdes udenfor jurisdiktionen (hyppigst i en til vedkommende landjurisdiktion grænsende by, naar dommeren har sin bolig der[4]). Dette forhold giver anledning til ret vanske-

[10] Jfr. Retst. 1845 p. 410; 1877 p. 645; Ugebl. f. lovk. I p. 278. — Jfr. udk. til l. om d. o. § 217.

[1] Jfr. Retst. 1889 p. 177 (anonym afhandling: Bemærkninger om retsstedet især i landdistrikterne); Schweigaard I § 15; Nellemann Alm. del § 35.

[2] Jfr. skr. 23 novbr. 1857.

[3] Se forøvrigt om udgifterne ved retslokale sportell. 6 aug. 1897 §§ 158—161; jfr. l. 6 juni 1863 § 6. Udgifterne ved de faste retslokaler bestrides udenfor Finmarken af kommunerne. — Efter l. 13 oktbr. 1857 § 16, der endnu ikke er afløst af reglerne i l. 31 mai 1900 (jfr. res. 6 oktbr. 1900) skal der til hvert distriktsfængsel høre retslokale.

[4] Jfr. l. 13 oktbr. 1857 § 40 og de i medhold af denne bestemmelse udfærdigede res. 16 aug. 1866 og 5 april 1873 jfr. dept. skr. 13 april 1901. Ogsaa udenfor de i det nævnte lovbud omhandlede tilfælde er resolutio-

lige spørgsmaal, idet navnlig vidners mødepligt, varslers beregning, reglerne for retsvidners tilkaldelse, betingelserne for gjæsteretsbehandling[5] paavirkes af, om retsmødet holdes inden- eller udenfor den jurisdiktion, hvor vedkommende person bor. Det rette synspunkt for besvarelsen af disse spørgsmaal vindes alene ved at fastholde, at retsmødet i stedlig henseende maa bedømmes som holdt der, hvor det faktisk holdes, ikke som holdt inden den jurisdiktion, som retten tilhører, saa at f. ex. vidner fra landdistriktet ikke er forpligtede til at møde der, ligesom heller ikke retsvidner fra dette har tjenstgjøringspligt[6] o. s. v. Værnetingsreglerne berøres ikke af det her omhandlede spørgsmaal, idet det bestemmende her aldrig er retsstedet, men vedkommende forretnings forhold til retskredsen[7].

Høiesteret og overretterne har faste retslokaler i vedkommende byer.

§ 73.

RETSMØDERNES OFFENTLIGHED. RETTERGANGSPOLITIET[1].

I. Som allerede i § 9a bemærket, er principet om rettergangens offentlighed fra gammel tid anerkjendt i vor ret. N. L. 1—12—2 jfr. 1—3—1 udtaler dette for de almindelige «ting»; og det har aldrig været betvivlet, at det samme gjælder enhver ret[2]. For høiesteret er regelen udtalt i l. 12 septbr. 1818 § 8, forsaavidt forhandlingen

ner af det i texten angivne indhold udfærdigede. En række saadanne resolutioner er citerede i Retst. 1889 p. 181.

[5] Jfr. særlig om dette sidste Ugebl. f. lovk. VI p. 272 ff.; Johs. Bergh i Tidsskr. for retsvidenskab 1889 p. 31—6; O. Levison i dansk Ugeskrift f. retsvæsen 1873 p. 625—35.

[6] Jfr. Retst. 1889 p. 183 ff.

[7] Jfr. foran § 32.

[1] Schweigaard I §§ 29 og 35; Nellemann Alm. del §§ 35 og 37; jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 89 jfr. § 87.

[2] Jfr. reskr. 23 septbr. 1763 § 6, der forudsætter det som givet, at «ingen kan negtes at være tilstede, hvor en ordentlig ret holdes».

angaar, og for voteringens vedkommende i l. 11 april 1863[3].

At rettergangen er offentlig, vil dog ikke sige, at alle og enhver har et ganske ubetinget krav paa at være tilstede. N. L. 1—12—2 viser, at retten kan anordne begrænsning af offentlighedens adgang til retslokalet for at hindre, at dette overfyldes til fortrængsel for dem, som der har forretninger, ligesom at retten kan udvise personer, hvorved forudsætningen maa være, at disse ved sin adfærd forstyrrer retsforhandlingerne eller krænker rettens værdighed (jfr. strpl. §§ 116 og 119).

Offentligheden kan udelukkes i sager, der kan give anledning til forargelse (reskr. 19 aug. 1735; høiesteretsl. 1818 § 8).

At et retsmøde uberettiget er holdt for lukkede døre, bevirker i straffeprocessen efter den udtrykkelige forskrift i strpl. § 393, 4, at det forhandlede bliver ugyldigt. En tilsvarende forskrift haves ikke for civilprocessens vedkommende; og med den ringere betydning, som offentligheden her har, særlig under et skriftligt system, synes det ikke vel foreneligt at tillægge dens udelukkelse en saa vidtgaaende virkning. Den kan alene medføre følger for vedkommende dommer (daddel af overordnede[4]).

II. Retten har at opretholde forhandlingens orden og værdighed (rettergangspolitiet) og har i dette øiemed til sin raadighed følgende midler, der kan anvendes ikke blot ligeoverfor parterne, men ligeoverfor enhver i retten mødende person:

1) Den kan tilrettevise enhver, der tillader sig upassende udtalelser eller utilbørlige personlige angreb. Nogen ret til helt at fratage en part ordet af den grund kjendes ikke i civilprocessen (jfr. derimod strpl. § 119).

2) Personer, der ved utilbørlig adfærd forstyrrer forhandlingerne eller krænker rettens værdighed, kan den udvise (jfr. foregaaende numer).

[3] Nellemann l. c. p. 293 antager, at budet om retsforhandlingens offentlighed ikke gjælder skifteretterne; men denne begrænsning er vilkaarlig. Derimod kan vistnok ikke almenheden kræve tiltræde til enhver skiftesamling, da en saadan ikke nødvendigvis er af judiciel natur.

[4] Jfr. Nellemann l. c. p. 293.

3) For forstyrrelse af retsforhandlingerne, tilsidesættelse af den ærbødighed, der skyldes retten, samt for utilbørlig og ærekrænkende procedyre kan den ilægge straffe (se N. L. 1—12—2 og 3, høiesteretsl. 1818 §§ 12 og 13)[5].

Disse straffe ilægges paa stedet uden særlig rettergang. De rammer dog altid kun ytringen i dens egenskab af en overtrædelse af rettergangspolitiet. Ikke blot i dens egenskab af privat injurie maa handlingen forfølges særskilt, baade hvad straf og mortifikation angaar, men ogsaa anvendelsen af den almindelige straffelovs bud, rettede mod forstyrrelser af offentlige forsamlinger (§ 138) er betinget af en regelmæssig straffeforfølgning.

Tidligere var man tilbøielig til at negte skifteretterne adgang til at idømme processuelle mulkter paa grund af en selvlavet og mod forudsætningen i N. L. 5—2—17 stridende regel, hvorefter disse retter alene skulde kunne bestemme, hvad de selv vilde gjøre, ikke paalægge andre at udrede noget. Efter at denne opfatning af den nyere lovgivning er forladt[6], synes der ingen grund til i den heromhandlede henseende at anse skifteretternes myndighed mere begrænset end andre retters. Derimod kan neppe exekutions- og auktionsretterne antages at have myndighed til at ilægge rettergangsstraffe[7].

§ 74.

FORHANDLINGENS SKRIFTLIGE FORM. RETSSPROGET[1].

I. Alt det, hvorpaa retten i en civil sag skal kunne bygge sin afgjørelse, maa foreligge for den i skrift (*quod non est in actis scriptis, non est in mundo*). En undtagelse fra denne regel om processens skriftlighed gjælder alene

[5] Jfr. udk. til d. o. § 207.

[6] Jfr. konkursl. 6 juni 1863 §§ 129 og 130 og l. 24 april 1869 §§ 2 og 4.

[7] Se Anden del p. 321—2 og 371.

[1] Jfr. Schweigaard I p. 295—6; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 19.

for procedyren ved høiesteret, hvorom mere i afsnittet om appel.

Loven kjender to former for den skriftlige forhandling: a) som indlæg og b) som protokoltilførsler.

Ad a) Ved indlæg (jfr. frdn. 3 juni 1796 § 15) forstaaes skriftlige partsfremstillinger, der fremlægges i retten (af lovbogen ogsaa benævnte «forsætter» jfr. N. L. 1—8—6, 1—9—10, hvilken sidste artikel forbyder sagførerne at forfatte vidløftige og indviklede indlæg). De stiles til retten og underskrives af parten eller hans procesfuldmægtig.

Ad b) Protokoltilførsel er den skriftlige gjengivelse i retsbogen af det i retten forhandlede. Den forudsætter saaledes en mundtlig forhandling i retten; men procedyren bliver derved ikke mundtlig; ti hvad der ikke er nedtegnet, bliver udenfor sagen.

Bevisførselens resultater maa altid foreligge for den dømmende ret i form af en skriftlig gjengivelse i retsbogen.

Adgangen for parterne til at procedere ved protokoltilførsler er derimod knyttet til snevre vilkaar. Frdn. 3 juni 1796 § 15 sondrer i denne henseende, eftersom sagen føres af parten selv eller af en sagfører, hvorved vistnok de i N. L. 1—9—14 omhandlede retsfuldmægtige bør ligestilles[2].

I første tilfælde er parten helt befriet fra nødvendigheden af at procedere ved indlæg; og partsfremstillinger af hvilkensomhelst længde kan tages til protokols[3].

Hvor der benyttes retsfuldmægtig, er derimod adgangen til protokoltilførsel væsentlig begrænset til tilsvaret og betinget af, at dette afgives paa stedet (d. e. i samme retsmøde, hvori søgsmaalet anhængiggjøres), samt af, at protokoltilførselen ikke optager rettens tid mere end en

[2] Jfr. Nellemann l. c. p. 90, hvor det er paavist, at den af Schweigaard I p. 296 hævdede modsatte opfatning (jfr. ogsaa Deuntzer l. c. p. 136) beror paa en feilagtig antagelse med hensyn til forordningens forhold til den ældre ret.

[3] Jfr. dog Hambro Byretsdomme nr. 1904.

fjerdedels time. Naar forordningen ligefrem gjør det til pligt for sagsøgeren ved stevningens inkamination at fremlægge skriftligt indlæg, maa dette dog ikke forstaaes saaledes, at indlæg er en nødvendighed, ogsaa hvor sagsøgeren indskrænker sig til at indlade sagen i henhold til den i stevningen og forligsklagen indeholdte fremstilling.

Forordningens bud om begrænsningen af adgangen til protokoltilførsel overholdes ikke i retsbrugen med strenghed, særlig hvor der holdes ret særskilt for den enkelte sag (extraretter[4]).

Hvor en part møder personlig, paalægger forordningen dommeren at besørge hans fremstilling tilført protokollen «i den vedbørlige form og orden». Det kan ikke her antages, at parten har nogen ret til selv at diktere sin fremstilling til protokols. En saadan ret synes derimod efter forordningen at tilkomme sagførere; og dommerens virksomhed er her indskrænket til at paase, dels at tidsbegrænsningen overholdes (hvorved indirekte unødig vidløftighed hæmmes), dels at intet tilføres retsbogen, der strider mod rettergangspolitiets eller sømmeligheds bud.

II. At procedyren helt kan ske ved skriftlige indlæg fra parternes side, bevirker naturlig, at parternes møde i retten faar en meget underordnet betydning. Men det er ikke desto mindre en ueftergivelig bestanddel af rettergangen, at parterne enten selv eller ved en retsfuldmægtig fremlægger sine indlæg i retten. Strengt taget skulde det derfor ikke være tilstedeligt, at de indsender sine indlæg gjennem posten eller ved bud[5]. I praxis ansees dommeren dog ikke udelukket fra at tage hensyn til indlæg, der er tilstillede ham paa denne maade[6].

[4] Jfr. forøvrigt om, at budet i og for sig ogsaa er anvendeligt ved extraretter, Deuntzer Skifteret p. 795.

[5] Jfr. foran p. 267; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 185, note 3 jfr. Alm. del p. 468.

[6] I skrivelser af 9 decbr. 1892 og 12 oktober 1893 har justitsdepartementet udtalt, at dommerne, skjønt vistnok ikke forpligtede til at irettelægge indlæg og andre dokumenter, som i denne hensigt sendes dem og sagførere og parter, dog bør gjøre det, hvor det vil være forbundet med særlig uleilighed eller bekostning for parterne eller deres sagførere at afgive møde.

III. Det er ikke i vor proceslovgivning[7] gjort parterne til udtrykkelig pligt at forskaffe modparten adgang til at blive bekjendt med fremlagte indlæg og dokumenter. I almindelighed udlaanes de af retsskriveren med samtykke af den part, der har fremlagt dem[8]. Skulde et saadant samtykke til indlægs og dokumenters udlaan i original blive negtet, er den udvei, som parten har til at blive bekjendt med det fremlagte, den, at han hos retsskriveren mod den lovbestemte betaling erhverver udskrift af det, hvilket ikke kan negtes ham[9].

Undlader den, der har faaet retsdokumenter udlaante, at levere disse tilbage, haves intet andet tvangsmiddel end søgsmaal til udleverelse fra den parts side, der har samtykket i udlaanet[10].

Forkommer udlaante dokumenter, vil virkningerne paa sagen kunne være forskjellige: Savner domstolen paa grund af tabet adgang til at forvisse sig om tilstedeværelsen af de absolute procesforudsætninger, maa sagen afvises.

Er det sagsøgerens skyld, at dokumenterne er bortkomne (eller, hvad der er lige hermed, er det ham eller hans sagfører, der undlader at tilbagelevere laante dokumenter), vil sagen gaa ham imod, naar retten ikke kan danne sig nogen begrundet overbevisning af de for den foreliggende skriftstykker[11]. Er det sagvolderen eller hans sagfører, der paa lignende maade er *in culpa*, vil tabet kunne medføre, at retten maa lægge sagsøgerens anførsler om, hvad det bortkomne indeholdt, til grund for bedømmelsen, med mindre noget andet bevises. Skyldes tabet tilfældige begivenheder, maa der, forsaavidt det er indlæg, som er tabte, gives udsættelse til affattelse af nye, hvorved imidlertid selvfølgelig parten ikke faar adgang til at fravige sin tidligere procedyre, hvis denne kan bevises[12].

[7] Saaledes som f. ex. i den danske, se frdn. 16 januar 1828; jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade § 35.

[8] Jfr. foran p. 213.

[9] Se foran p. 214.

[10] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 156.

[11] Derimod bliver sagen ikke at afvise, se Ugebl. f. lovk. IV p. 292.

[12] Jfr. forøvrigt p. 431 med note 8.

IV. Retssproget er norsk (se høiesteretsloven 12 sept. 1818 § 12, 3dje p)[13] ogsaa i de landsdele, hvor befolkningen taler et andet sprog (jfr. l. 29 marts 1890 § 5)[14]. Norsk er saaledes det sprog, hvori alle processuelle udtalelser maa fremkomme, for at der skal kunne kræves, at der tages hensyn til dem. Hvis baade parterne og dommeren forstaar det fremmede sprog og er enige om, at oversættelse kan undlades, er der vistnok intet til hinder for, at saavel vidneforklaringer som processkrifter og bevisdokumenter kan forelægges i andre sprog en norsk[15]. Men hvis enten modpart eller retten kræver det, maa afhørelse af vidner, der ikke er det norske sprog mægtige, ske ved tolk, og skriftstykker oversættes[16].

§ 75.

FORHANDLINGENS GANG. UDSÆTTELSER[1].

I. Forhandlingen udvikler sig derved, at parterne vexelvis har ordet, indtil de har anført alt, hvad de har at sige og sagen saaledes er udprocederet, hvorpaa den «optages til doms» og paadømmes. Denne forhandling kan afbrydes derved, at der bliver spørgsmaal om procesledende afgjørelser fra rettens side. Forsaavidt nemlig disse ikke træffes paa stedet, optages sagen, som det heder, til kjendelse, hvorved en stansning i procedyren indtræder, indtil kjendelse er falden. Hvis spørgsmaalet er, hvorvidt forhandlingen overhovedet skal fortsættes, optages sagen til kjendelse eller dom, idet paadømmelse sker, hvis retten kommer til det resultat, at yderligere procedyre ikke skal finde sted.

[13] Jfr. Deuntzer l. c. p. 166.

[14] Jfr. om denne bestemmelse foran p. 216.

[15] Jfr. forøvrigt om dommerens pligt til at yde tjeneste som retstolk dept.skr. 9 juni 1898.

[16] Jfr. foran p. 219; Forelæsninger over straffeproces p. 478.

[1] Schweigaard § 70. Se ogsaa en afhandling i Ugebl. f. lovk. X pp. 1, 489 og 565 jfr. Retst. 1880 p. 193—8 og 499—501.

En udstykning af forhandlingen kan, som i det foregaaende omhandlet[2], finde sted paa den maade, at der særskilt kan forhandles om procesforudsætningernes tilstedeværelse[3]. Derimod er den praktisk herskende regel iøvrigt, at ingen spaltning af forhandlingen kan finde sted, hverken efter rettens anordning eller efter parternes begjæring. En særskilt forhandling og afgjørelse kan hverken finde sted om de enkelte angrebs- og forsvarsmidler (saasom de enkelte søgsmaalsgrunde og indsigelser) eller om de enkelte dele af sagen (f. ex. de enkelte poster i sagsøgerens paastand). Har en objektiv eller subjektiv søgsmaalskumulation fundet sted, kan en spaltning vistnok iværksættes, men alene derved, at det ene søgsmaal med alle parters samtykke hæves og gjøres til gjenstand for en ny proces, hvorunder det i den ældre sag forhandlede ikke kommer i betragtning i videre udstrækning end udenretslige forhandlinger mellem parterne. En sondret forhandling og afgjørelse af de enkelte sager under samme proces kan heller ikke her finde sted[4].

Ligesaa lidt som vore rettergangsregler udenfor de anførte tilfælde kjender nogen udstykning af forhandlingen, ligesaa lidt kjender den nogen inddeling af denne i forskjellige led, saaledes at f. ex. partsforedrag og bevisførsel udgjør sondrede afsnit af processen. Regelen er,

[2] Se p. 62 og 340—1.

[3] Efter samme synspunkt vil der ogsaa kunne forhandles og afsiges særskilt kjendelse om den formelle adgang til at fremsætte en indsigelse (f. ex. efter vexelproceslovens § 3); jfr. Retst. 1893 p. 787.

[4] Hvorvidt den praktisk herskende opfatning, der anser enhver udstykning af realitetsforhandligen utilstedelig, er tilstrækkelig begrundet i sagens natur, turde være underkastet berettiget tvivl; se navnlig Deuntzer Civilproces p. 173—5. — Udk. til d. o. aabner i §§ 241 og 242 adgang til en særskilt paadømmelse af enkelte i en sag fremsatte paastande eller krav (modkrav) og i § 243 til særskilt at paakjende et retskravs grund og dets størrelse, naar begge spørgsmaal er omstridte og det ene er modent til afgjørelse før det andet. Derimod kjender udkastet ingen almindelig adgang til særskilt paakjendelse af flere indsigelser (jfr. derimod den tyske civilproceslov § 303, der tilsteder særskilt afgjørelse af ethvert selvstændigt angrebs- eller forsvarsmiddel). Se det anførte udkasts motiver p. 115—6.

at den part, der har ordet, eller paa hvem, som det heder, sagen staar, kan benytte dette saavel til partsforedrag (indlæg) som til bevisførsel; og denne sidste kan ske naarsomhelst under sagens gang.

II. Gjælder det endog i mundtlige processystemer, at forhandlingens tilendebringelse i et enkelt retsmøde hyppig er et mere attraaet end opnaaet maal, vil det, hvor forhandlingen er skriftlig, være regelen, at der udkræves en flerhed af retsmøder. Allerede hensynet til, at den ene part som oftest ikke paa stedet vil kunne gjøre sig bekjendt med, hvad den anden har anført, begrunder her nødvendigheden af sagens udsættelse fra det ene retsmøde til det andet. Skal imidlertid rettergangen ikke henfalde til en langsomhed, der lettelig kan blive ensbetydende med en lammelse af retshaandhævelsen, er det af yderste vigtighed, at der søges betryggelse mod, at parterne eller deres sagførere vilkaarlig trækker sagen i langdrag («træner» den, som det tekniske sagførerudtryk lyder). Vor lovgivning har navnlig ved bestemmelserne i frdn. 3 juni 1796 kap. 2 (især § 7) og l. 4 juni 1892 kap. 3 søgt at bekjæmpe udsættelsesuvæsenets ulemper. Hovedindholdet af disse regler er følgende:

1) Betingelsen for at opnaa udsættelse er altid, at der af den part, der begjærer den, anføres en grund, som retten finder fyldestgjørende, se frdn. 1796 § 7 jfr. l. 1892 § 22[5]. Efter det sidst anførte lovsted skal end ikke modpartens samtykke give nogen ubetinget ret til udsættelse, en bestemmelse, hvorved der er givet udtryk for det rigtige princip, at rettens hurtige pleie er et offentligt formaal, for hvis opnaaelse retten paa embeds vegne har at drage omsorg. I overensstemmelse hermed bestemmer ogsaa l. 1892 § 27, at naar en sag indkommer for høiere ret, skal denne, forsaavidt dertil efter dokumentationen er anledning, paa embeds vegne paase, at de om udsættelse gjældende regler er overholdte.

[5] Jfr. Retst. 1901 p. 237 (grunden maa oplyses ved udsættelsesbegjæringens fremsættelse; det er ikke tidsnok at anføre den i appelinstansen).

De vigtigste udsættelsesgrunde er følgende:

a) Besvarelse af, hvad der fra modpartens side er anbragt. Denne udsættelsesgrund er, som foran bemærket, nødvendig anvist ved procedyrens skriftlighed. Navnlig vil den, hvis modpart fremlægger indlæg eller andre skriftstykker, i regelen have krav paa udsættelse for at give tilsvar. Dette vil dog kunne stille sig noget forskjellig efter tilfældets beskaffenhed. Ved overretterne (og Kristiania byret i tilfælde, hvor den er overdomstol) skal efter l. 1892 § 23 den, der i to indlæg har udtalt sig om sagen, ikke faa udsættelse for at afgive yderligere tilsvar, med mindre der siden afgivelsen af hans sidste indlæg fra modpartens side maatte være fremkommet nye bevisligheder. En lignende regel gjælder ikke i første instans og heller ikke i overinstansen i tilfælde, hvor afgjørelsen i første instans har fundet sted uden foregaaende stevning, saasom ved paaanke af auktioner, exekutioner og udpantninger, eller hvor indstevnte ikke har afgivet møde ved underretten — altsaa i tilfælde, hvor procedyren ved overinstansen regelmæssig i det væsentlige vil komme til at blive jevngod med en første forhandling om sagen. Imidlertid vil ogsaa her udsættelse kunne negtes, hvor modpartens indlæg aabenbart intet nyt indeholder, eller hvor der paa forhaand er givet den anden part tilstrækkelig anledning til at gjøre sig bekjendt med og besvare det. Hvor der ikke er fremlagt indlæg, men i retsmødet selv gjort protokoltilførsel, vil det afhænge af dennes art og omfang, om den begrunder krav for den anden part paa udsættelse.

Mest ubetinget vil retten til udsættelse være, hvor der fra modpartens side fremkommer nye bevisligheder (jfr. l. 1892 § 23).

b) Udvidelse af sagen til nye personer (adcitation, intervention) eller nye gjenstande (kontinuations- og modsøgsmaal) saavelsom anbringelse af nye forsvars- eller angrebsmidler, forsaavidt dertil efter den materielle procesrets regler er adgang[6]. Til saggivelsen kan derimod sagsøgeren regelmæssig ikke kræve udsættelse; den maa ske

[6] Jfr. foran §§ 48, 49, 62, 63 og nedenfor § 80.

første rettens dag, med mindre sagsøgeren beviser, at han fører vidner angaaende processens gjenstand (frdn. 1796 § 6).

c) Tilveiebringelse af nye bevisligheder, forsaavidt det ikke maa betragtes som en tilregnelig forsømmelse, at de ikke før er skaffede tilveie [7]. Lige hermed maa det ogsaa bedømmes, at der inden et kortere tidsrum kan ventes at ville falde en retslig afgjørelse, der uden at være *res judicata* dog har betydning for sagen (jfr. forøvrigt her patentl. 16 juni 1885 § 31 [8]).

d) Under samme betingelse som tilveiebringelse af beviser vil ansøgning om fri proces være udsættelsesgrund (jfr. frdn. 1796 § 9).

e) Forfald for parten (jfr. N. L. 1—10—1 og l. 1892 § 16, 2det led) eller for hans procesfuldmægtig. Hvad den sidste angaar, opstaar navnlig spørgsmaalet, om hensynet til andre, vedkommende sagfører paahvilende forretninger, der har hindret ham fra i rette tid at fremme sagen, er udsættelsesgrund. Dette maa i almindelighed besvares benegtende [9]. Naar en sagfører vil frasige sig sagen, skal han efter frdn. 3 juni 1796 § 8 betimelig underrette parten herom; men det er klart, at, om han har undladt at give saadan underretning, maa frasigelsen blive at bedømme som forfaldsgrund for hans part.

Den her givne opregning af udsættelsesgrunde er ikke ment at skulle være udtømmende. Loven har selv overladt bedømmelsen af en begjæret udsættelses betimelighed til dommerens konkrete skjøn. Den kræver blot, at dommeren udtrykkelig skal angive, af hvad grund udsættelsen bevilges (l. 1892 § 25, 1ste led), for at dens betimelighed kan kontrolleres ogsaa af overinstansen.

Den, der begjærer udsættelsen, har kortelig til protokols at lade tilføre aarsagen til og øiemedet med udsættelsen (l. 1892 § 22, 1ste led). I fornødent fald maa han

[7] Jfr. særlig om tab af dokumenter foran p. 363.

[8] Se foran § 64.

[9] Jfr. Odelst. prop. no. 11 for 1891 p. 23, hvor der om dette spørgsmaal udtales, at det nævnte hensyn «kun bør komme i underordnet betragtning, og hovedvægten lægges paa, hvorvidt sagen lider en efter dens egen beskaffenhed unødvendig forhaling.»

derhos paa stedet kunne bevise udsættelsesgrunden. At give udsættelse, for at saadant bevis kan føres, vilde være selvmodsigende.

2) Udsættelsen skal efter l. 1892 § 22, 3dje led altid gives paa bestemt tid; men iøvrigt er fristens længde overladt dommerens skjøn under hensyntagen til, hvad der i det enkelte tilfælde er udsættelsens øiemed. Begge parters enighed er heller ikke her tilstrækkelig.[10] Til forkortelse af fristen særlig i landdistrikterne, hvor der ofte til næste ordinære ting vil hengaa længere tid end for øiemedet fornødent, aabner l. 1892 § 24 adgang til at give udsættelse til de til tinglysning anordnede extrating (jfr. foran § 71).

Viser fristen sig for kort, er det ikke udelukket, at der kan gives fornyet udsættelse, men betingelsen herfor er, at vedkommende part oplyser, at han ved utilregnelige omstændigheder er bleven hindret fra inden den fastsatte frist at foretage det fornødne. Ved bedømmelsen af, hvad der er utilregneligt, maa det her, som ved spørgsmaalet om forfald, fastholdes, at det for en sagfører ikke er utilregneligt, at han hindres fra at benytte fristen ved sine andre forretninger; der maa kunne paavises hindringer, paa hvilke han ikke kunde være forberedt, da han første gang begjærede udsættelse.[11]

3) En stor vanskelighed ved udsættelsesspørgsmaal er i den skriftlige proces, at retten i regelen ikke er inde i sagen og saaledes, hvor tvivl opstaar, ikke vil have tilstrækkelig oversigt over den til paa stedet at afgjøre, om udsættelse bør gives. Den maa optage sagen til kjendelse eller dom. For at paaskynde denne afgjørelse mest muligt bestemmer l. 1892 § 25 (jfr. l. 19 decbr. 1898), at saadanne kjendelser ved Kristiania og Bergens byret og overretterne, selv hvor afgjørelsen ikke træffes paa stedet, kan afsiges af henholdsvis 1 og 2 assessorer istedetfor det regelmæs-

[10] Jfr. Retst. 1893 p. 48 under nr. 5.
[11] Jfr. Indst. O. III 1892 p. 8, 1ste spalte.

sige antal 3,[12] samt at sager om tilstaaet udsættelse skal være anteciperede til foretagelse i høiesteret.[13]

4) Til betryggelse for udsættelsesreglernes overholdelse og til modarbeidelse af misbrug benytter loven ilæggelse dels af straf- dels af omkostningsansvar. Frdn. af 1796 §§ 10 og 11 anordner begge disse retsfølger i tilfælde, hvor en part eller sagfører har opnaaet udsættelse paa opdigtede grunde og alene benyttet fristen «til at spilde tiden og hindre sagens fremgang». Denne bestemmelse har imidlertid kun fundet ringe anvendelse i retsbrugen, da der sjelden vil foreligge bevis for forsætligt misbrug. L. 1892 § 26 er derfor gaaet videre, idet den søger at ramme enhver langsomhed med hensyn til sagens fremme, selv om den ikke tilsigter at trænere sagen, naar den blot efter omstændighederne maa betragtes som «utilbørlig», det vil sige, naar vedkommende havde havt det i sin magt at fremme den med større hurtighed. Retten kan isaafald paa embeds vegne ilægge «den skyldige» — det er efter omstændighederne enten parten eller sagføreren — en bod til statskassen. Derhos bestemmer paragrafens første punktum, at der skal tilkjendes modparten erstatning for de ved langsomheden forvoldte omkostninger. Med hensyn til forstaaelsen af denne bestemmelse bemærkes: Omkostningsansvaret er uafhængigt af strafansvaret. Det bliver i almindelighed at ilægge i ethvert tilfælde, hvor dommeren finder de angivne betingelser at være tilstede, uden at der kræves nogen særlig herpaa rettet paastand fra partens side. Det er tilstrækkeligt, at denne har nedlagt paastand paa procesomkostninger i sagen.[14] Er imidlertid end ikke saadan paastand nedlagt, og endnu mere, hvor det er tilkjendegivet, at vedkommende part ikke ønsker omkostningerne erstattede, kan dog selvfølgelig intet ansvar idømmes. Paa den anden side er det vel muligt, at en part, der har været paadraget særlige omkostninger ved sagens langsomme fremme, faar disse erstattede, selv om han iøvrigt ikke faar sig tilkjendt erstatning for proces-

[12] Jfr. foran p. 191.

[13] Kjendelser, hvorved udsættelse negtes, kan kun appelleres i forbindelse med hovedsagen; se nedenfor i afsnittet om appel.

[14] Jfr. Stortingstidende 1892, forh. i odelst. p. 147, 1ste spalte.

omkostningerne, ja selv om han iøvrigt maa tilsvare modparten disse, i hvilket sidste tilfælde der bliver at foretage en likvidation af udsættelsesomkostningerne med de øvrige omkostninger. — Det er kun de ved forhalingen forvoldte omkostninger med hensyn til processen, der kan kræves erstattede, ikke det tab, som forhalingen maatte have forvoldt i henseende til det materielle retsforhold, der er processens gjenstand. De omkostninger, hvorom der saaledes væsentlig bliver tale, er udgifter ved møder i retten, der kunde have været sparede, samt ved, at sagen gjennem et længere tidsrum har beslaglagt partens eller sagførerens tid. Omkostningsansvaret følger ogsaa i saa henseende reglerne for procesomkostninger, at det ilægges parten uden hensyn til, om det er ham eller hans sagfører, der er skyld i forhalingen, idet dette spørgsmaal alene faar betydning for regresforholdet mellem parten og hans procesfuldmægtig.[15]

I overensstemmelse med det af l. 1892 gjennemførte princip, at ikke blot parterne, men ogsaa retten har at drage omsorg for rettergangens paaskyndelse, foreskriver § 27, at overinstansen, hvor den finder, at der kan lægges underdommeren noget til last i henseende til overholdelse af forskrifterne om udsættelse, kan idømme ham strafansvar (bøder indtil 200 kroner).

5) En vanskelighed ved en streng haandhævelse af udsættelsesreglerne bestod tidligere deri, at en urettelig negtet udsættelse altid bevirkede dommens annulation, hvilket naturlig medførte en vis ængstelse hos retten for at negte udsættelse. Dette har l. 1892 søgt at modarbeide ved i § 28 at bestemme, at urettelig negtelse af udsættelse ikke nødvendigvis skal bevirke en afsagt doms uefterrettelighed. Efter loven skal i saa henseende vedkommende part, hvem udsættelse er negtet, have valget.[16] Vil han ikke paastaa uefterretteligbed, kan han bane sig adgang til

[15] Jfr. Stortingstidende 1892 l. c.

[16] Anderledes efter den kgl. prop., der lod udsættelsens urettelige negtelse bevirke uefterrettelighed, jfr. Indst. O. III 1892 p. 9, 2den spalte. Efter den forandring, som justitskomiteen foretog heri, opfylder bestemmelsen kun meget mangelfuldt sin hensigt.

i overinstansen uden bevilling at anbringe, hvad han ved negtelsen er bleven afskaaret fra at gjøre gjældende i underinstansen; men han maa isaafald — efter at have underrettet modparten derom ved lovligt varsel — ved sagens indbringelse for høiere ret kræve foreløbig kjendelse for, hvorvidt negtelsen har været uberettiget eller ikke, hvorhos han ved høiesteret maa forevise for modparten de nye dokumenter og andre bevisligheder, han agter at fremlægge.

6) De i det foregaaende fremstillede regler er nærmest givne for de sager, der bliver at behandle ved de ordinære retter. De skal imidlertid efter l 1892 § 29 tillige finde anvendelse ved skifteretterne. Ved høiesteret, hvor procedyren er mundtlig, gives regelmæssig ingen udsættelse med behandlingen af en paabegyndt sag. En undtagelse gjælder alene efter høiesteretsl. 12 sept. 1818 § 10, naar en advokat eller en part, der selv fører sin sag, faar forfald, samt efter l. 4 juni 1892 § 28 i. f., hvorefter høiesteret i forbindelse med en kjendelse af den under 5) omhandlede art kan tilstaa vedkommende part en passende henstand til sagens fortsatte behandling.

De for særlige sager foreskrevne indskrænkninger i adgangen til at erholde udsættelse, hvorom mere i syvende hovedafsnit, berøres ikke af l. 1892 (jfr. dens § 22 i. f.). Men iøvrigt er reglerne i denne lov saavelsom i frdn. 1796 lige anvendelige paa tingsvidne-, skjøns- og edssager som paa domssager.[17]

§ 76.

OM VARSEL.[1]

I. I en række tilfælde er det foreskrevet, at en person skal varsles til en rettergangshandling. Hovedtilfældet er her naturligvis varsel til modparten, hvorom forskriften findes i N. L. 1—4—1, der bestemmer, at ingen rettergang maa tilstedes, ingen vidner føres, ingen besigtelse, syn

[17] Jfr. Retst. 1893 p. 48.

[1] Jfr. Schweigaard I §§ 52 og 65.

eller granskning ske, uden at den, hvem det paagjælder, er lovligen dertil kaldet eller frafalder varsel. Paa den anden side bestemmer N. L. 1—4—37, at kald og varsel ikke gjøres fornøden ved tinglysning, opbud, beslag (hvorunder henføres begge de foreløbige retsmidler arrest og forbud) samt skudsmaal (vidneførsel om forfald). Hvad der her er foreskrevet om beslag, antages ogsaa at maatte finde anvendelse paa den egentlige tvangsfuldbyrdelse. Iøvrigt er nødvendigheden af varsel til modparten gjennemført med stor strenghed i vor lovgivning. De enkelte anvendelser heraf udvikles imidlertid, ligesom de paa særlige grunde hvilende undtagelser fra regelen, bedst ved fremstillingen af de enkelte rettergangsskridt, hvortil varsel udkræves, idet her kun skal behandles, hvad der gjælder om varsel i almindelighed.

II. Om varslets længde ved indstevning til retterne og indkaldelse til forligelseskommissionen findes hovedforskrifterne i l. 4 juni 1892 kap. 2 (se § 21, 1ste led). Efter disse er varslets længde den samme for overordnede som for underordnede retter, alene med den forskjel, at det korteste varsel til høiesteret skal være 2 uger, medens det ved andre retter er 1 uge. Iøvrigt er varselsfristen bestemt efter det stedlige forhold mellem retsstedet og det sted, hvor varslet forkyndes (ikke som efter N. L. 1—4—7 vedkommendes bopæl), hvorved imidlertid ikke veilængden,[2] men rigets administrative inddeling er lagt til grund (jfr. § 12),[3] idet det kommer an paa, om de nævnte steder ligger inden samme by (1 uge), tinglag (10 dage) eller amt (3 uger inden, 4 uger udenfor amtet). Derhos er det særskilt bestemt, at mellem by og tilstødende tinglag gives samme varsel som mellem dette og det til byen stødende tinglag eller — om der er flere — det af disse, hvorfra eller hvortil varslet vilde være kortest; at der indbyrdes mellem byer, som ligger i samme amt eller er forbundne med jernbane, gives 10 dages varsel, samt at by, der udgjør eget amt, ansees som liggende i det tilstødende amt

[2] Saaledes som efter lagrettesl. 28 aug. 1854 § 34 og rigsretsregl. 18 sept. 1815 §§ 10 og 13.

[3] Jfr. om de forskjellige systemer O. prop. nr. 11 1891 p. 12 ff.

(§ 12). Der er derhos opstillet særlige varselsfrister for indstevning fra eller til Tromsø stift (§ 13) samt fra udlandet (§ 14).

Hvis i noget tilfælde det regelmæssige varsel skjønnes at blive uforholdsmæssig langt, kan vedkommende dommer eller retsformand fastsætte et kortere varsel, dog ikke under 1 uge foruden den tid, der antages at ville medgaa til reisen (§ 15).

Hvor offentlig indvarsling finder sted, er der i l. 1892 § 17 opstillet særegne frister (i almindelighed 3 maaneder, men 6 maaneder, hvis vedkommende senest vides at have opholdt sig paa et sted, hvorfra saa langt varsel efter § 14 vilde tilkommet ham).

At den, der stevnes paa bopæl eller arbeidssted, midlertidig er fraværende paa andet sted i eller udenfor riget,[4] giver ham ikke krav paa længere varsel, men retten kan her — hvis det kan antages, at han ikke betimelig kan være bleven vidende om stevnemaalet, og han ikke tidligere i anledning at sagen har modtaget lovligt varsel, som maa antages at være kommen til hans kundskab — paa embeds vegne udsætte sagen til et senere retsmøde, hvortil vedkommende bliver at indkalde paa saadan maade og med saadant varsel, som retten bestemmer (§ 16, 2det led).

Loven 1892 gjør efter den udtrykkelige forskrift i § 21, 2det led ingen forandring i a) de bestemmelser, hvorefter i visse tilfælde aftensvarsel kan gives, hvilke tilfælde vil blive nærmere omhandlede i afsnittet om den extraordinære civilproces, og heller ikke b) i de bestemmelser, hvorved forøvrigt særegne varsler for særlige tilfælde er foreskrevne. De vigtigste af disse bestemmelser er opregnede i § 21, men som ordet «saasom» angiver, er denne opregning ikke udtømmende. Særegne varselsfrister anordnede i love, der ikke er ophævede ved l. 1892 § 44, er gjældende, selv om lovstedet ikke er nævnt i § 21.[5]

[4] I den ældre ret anvendtes her varsel efter N. L. 1—4—12 jfr. Schweigaard I p. 278.

[5] Som en saadan særegen bestemmelse maa man dog ikke anse bestemmelsen i N. L. 1—4—13, da den deri indeholdte frist, skjønt ander-

Loven berører heller ikke de i lagrettesloven 28 aug. 1854 § 34 for retsvidner, skjøns- og domsmænd anordnede varsler. Derimod maa de i l. 1892 kap. 2 foreskrevne varselsfrister iøvrigt antages at komme til anvendelse i ethvert tilfælde, hvor en processuel meddelelse er foreskrevet at skulle ske med lovligt varsel, uden at dettes længde udtrykkelig er bestemt (se f. ex. l. 1892 § 28).

III. Varselsfristerne er at opfatte som minimumsfrister, saa at det i almindelighed staar den, der lader indstevningen foretage, frit at give et længere varsel. Herved maa imidlertid bemærkes, at det i visse tilfælde, for at holde en rettighed i kraft, kan være nødvendigt, at sagens paastevning foregaar saa hurtigt som muligt (se l. 1892 § 36; forl.l. 1824 § 48).

IV. Med hensyn til spørgsmaalet, om varselsreglerne er fravigelige, bemærkes: Hvis den, der skal varsles, møder uden at gjøre indsigelse, haandhæves disse regler ikke af retten paa embeds vegne, se N. L. 1—4—1 i. f. Deraf tør imidlertid ikke sluttes, at ogsaa enhver forhaands aftale om afvigelse fra varselsreglerne er gyldig. Der maa her for det første skjelnes mellem parter og andre personer, der har krav paa varsel. At de sidste kan træffe hvilkensomhelst aftale herom, er utvivlsomt. Hvad parterne angaar, kan de ikke antages at have adgang til helt at fraskrive sig varsel til nogen rettergangder tilsigter erhvervelse af dom. Dette vilde være ensbetydende med ophævelsen af selve den kontradiktoriske forhandling og gjøre rettergangen og dommen til en tom form.[6] Det samme maa gjælde varsel til et efter loven nødvendigt led i retsbehandlingen som forligsmægling, da denne selvfølgelig vilde blive hensigtsløs, naar modparten ei var varslet. Derimod maa ogsaa parterne kunne fraskrive sig varsel til enkeltstaaende rettergangshandlinger (tingsvidner, skjøn o. lign.). De kan ogsaa aftale forkor-

ledes udtrykt, dog vistnok (med Schweigaard I p. 265 nederst) rettest opfattes som en anvendelse af den almindelige varselsfrist i N. L. 1—4—7 og saaledes med den forandret ved l. 1892 § 12.

[6] Se foran p. 30. Jfr. dog Ørsted Eunomia III p. 547. Se forøvrigt de nedenfor § 77 note 24 citerede domme.

telser i de ordinære varselsfrister, forsaavidt varslet derved ikke bliver saa kort, at i virkeligheden det samme maa gjælde som om aftaler, hvorved alt varsel frafaldes.

§ 77.

OM PROCESSUELLE MEDDELELSER, SÆRLIG OM FORKYNDELSER.[1]

I. Ved processuelle meddelelser forstaaes her enhver meddelelse i anledning af processen til eller fra nogen, der medvirker i denne (meddelelse fra part til part eller sagfører til sagfører, fra parterne til tredjemand eller retten eller fra denne til parterne). I strpl.s 13de kapitel er der sondret mellem forkyndelser og andre meddelelser, der ikke behøver at ske paa den samme formelige maade som de første (se § 146 jfr. § 157). Paa civilprocessens omraade er det den store hovedregel, at alle meddelelser, der er betingelser for fremme af visse rettergangsskridt eller for indtrædelsen af visse procesretslige virkninger, maa ske i de for forkyndelser i l. 4 juni 1892 kap. 1 anordnede former, og at de formløse meddelelser enten kun har faktisk eller kun civilretslig betydning (saaledes underhaands udvexling af indlæg, udlaan af dokumenter, meddelelse til modparten om en under sagens gang tilsigtet vidneførsel, *litis denunciatio*). En undtagelse herfra gjælder efter den anførte lovs § 11, hvorefter mellem sagførere og offentlige myndigheder istedetfor forkyndelse ved stevnevidne meddelelse kan ske underhaanden mod bevis for modtagelsen, en bestemmelse, der særlig vil faa betydning ved de praktisk hyppige vedtagelser af varsel fra sagføreres side gjennem paategning paa stevningen.[2]

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 91; Schweigaard I § 66.

[2] At denne forskrift ikke skulde gjælde forkyndelse af stevninger (Hambro i Retst. 1902 p. 482 og dom i Retst. 1902 p. 435), er en vilkaarlig antagelse, der lige meget staar i strid med lovens ord som med dens forarbeider (se O. prop. nr. 11 for 1891 p. 11 jfr. Lous i Retst. 1902 p. 532), og som ogsaa er forkastet af høiesteret (Retst. 1902 p. 916). L. 1892 indeholder ingen til strpl. § 155 svarende bestemmelse om, at meddelelser, som under en sag sker til vedkommende personlig inden

Den hyppigst forekommende gjenstand for forkyndelser er stevninger (indkaldelser til retsmøder) og kaldssedler til forligelseskommissionen; men ved siden heraf finder forkyndelse ogsaa anvendelse paa en række andre processkridt, saasom domme og kjendelser, processuelle bevillinger (se høiesteretsl. 12 sept. 1818 § 15), begjæring om aabning af konkurs (l. 6 juni 1863 § 9), begjæring om mænds opnævnelse efter lagrettesl. 28 aug. 1854 § 20 o. fl. a. For alle disse gjælder nu de samme forkyndelsesregler (se l. 1892 § 1),[3] hvilke i det væsentlige stemmer med de i strpl.s kap. 13 for straffeprocessen opstillede.[4]

Der maa i henseende til forkyndelsens former skjelnes mellem a) regelmæssige og b) uregelmæssige.

Ad a) Om de regelmæssige forkyndelsesformer gjælder følgende:

1) Forkyndelsen udføres af et enkelt stevnevidne (l. 1892 § 1).[5] Forkyndelser i politisager i byerne kan ogsaa udføres af en polititjenestemand.

At forkyndelsen gyldig skulde kunne foretages af en privatmand, synes ved affatningen af de hidhørende bestemmelser udelukket (se l. 1892 § 1 og forudsætningen i § 11).[6]

2) Med hensyn til forkyndelsens sted bestemmer l. 1892 § 4. at den ordentligvis skal iværksættes paa bopæl eller stadigt arbeidssted, men at dog en forkyndelse, der

retten, træder i stedet for forkyndelse. — Særlige forkyndelsesregler gjælder i visse tilfælde af den extraordinære civilproces, se saaledes udskiftningsl. 13 marts 1882 § 16 (Anden del p. 204—5).

[3] En særregel for stevninger findes alene i l. 1892 § 9, 2det led, se nedenfor.

[4] Forskjellen gaar i det hele i retning af noget større strenghed i formerne for civilprocessen, hvilket er naturlig begrundet dels deri, at forkyndelserne i civilprocessen i mange tilfælde har den betydning at forebygge retsfortabelse (jfr. foran § 65), dels deri, at indstevntes udeblivelse har andre virkninger i civilprocessen end i straffeprocessen.

[5] Jfr. foran § 42. Før loven af 1892 krævedes to stevnevidner overensstemmende med principet i N. L. 1—13—1. — Jfr. dept.skr. 2 mai 1899.

[6] Dette stemmer med den ældre teori (se Schweigaard I. p. 289), medens den ældre praxis ikke befulgte denne lære, se Retst. 1851 p. 814—6.

er foretagen for vedkommende personlig, er gyldig, hvorsomhelst han træffes (jfr. strpl. § 148 og instrux for stevnevidner af 12 decbr. 1892 § 10, hvor det foreskrives, at forkyndelsen ikke uden videre bør foretages paa offentlig gade, forlystelses- eller beværtningssted eller overhovedet paa sted eller under omstændigheder, hvor dens udførelse vilde være forbunden med særlig ulempe eller ubehagelighed for vedkommende eller stride mod stedets bestemmelse).[7] Efter handelsregisterl. 17 mai 1890 § 34 ansees et selskabs forretningskontor ifølge den i handelsregistret indførte anmeldelse som selskabets hjemsted i alle retslige anliggender, altsaa ogsaa i henseende til forkyndelser. For enkeltmænd, der er indehavere af registrerede firmaer, kan efter samme lovsted i henseende til forkyndelse og varsel det nærværende eller, hvis intet saadant kan paavises, det senest benyttede forretningskontor (filialkontor) eller forretningsleilighed betragtes som bopæl.[8] Iøvrigt vil forretningskontor ogsaa gaa ind under begrebet arbeidssted, forsaavidt vedkommende personlig arbeider der; og den citerede bestemmelse i handelsregisterloven faar derfor ved siden af l. 1892 § 4 kun betydning, hvor dette ikke er tilfældet (forretningens indehaver er f. ex et aktieselskab eller en kvinde, der overlader dens drift til andre).

Har vedkommende ikke nogen bopæl eller noget stadigt arbeidssted eller anmeldt forretningskontor her i riget, kan efter l. 1892 § 5, sidste led (jfr. strpl. § 149, 2det led) forkyndelsen ske paa hans midlertidige opholdssted.[9] Denne regel finder dog ikke anvendelse paa personer, der har bekjendt bopæl i udlandet (se derom l. 1892 § 8 jfr. nedenfor), undtagen hvor vedkommende svarer som gjæst for opholdsstedets ret. I sidste fald skal nemlig efter l.

[7] Den ældre ret (se N. L. 1—4—2) ligestillede ikke arbeidssted med bopæl og tillod ikke forkyndelse udenfor bopæl, selv hvor den var foretagen for vedkommende personlig.

[8] Se om disse bestemmelser Beichmanns Udgave af loven p. 95 ff. Jfr. Retst. 1877 p. 621, 1899 p. 305 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 1921 og 1940.

[9] I disse tilfælde maatte tidligere den extraordinære indvarsling efter N. L. 1—4—10 og 12 finde sted.

1892 § 5, 2det led forkyndelsen i alle tilfælde kunne ske paa opholdsstedet.

For det tilfælde, at vedkommende hverken har kjendt bolig i udlandet eller midlertidigt opholdssted her i riget, gjælder særegne forkyndelsesregler, om hvilke mere nedenfor under b).

3) Forkyndelsen skal efter l. 1892 § 4 (jfr. strpl. § 148) saavidt mulig iværksættes for vedkommende personlig; men træffes han ikke, kan den ogsaa ske til andre.[9a] I denne henseende sondrer loven, eftersom forkyndelsen finder sted α) paa bopæl eller arbeidssted, hvormed forretningssted efter firmal. 1890 § 34 er ligestillet, eller β) paa opholdssted. I de under α) nævnte tilfælde kan forkyndelsen efter l. 1892 § 5, 1ste led ske «til voxne personer af samme husstand eller nogen anden der (nemlig i boligen eller paa arbeidsstedet) stadig tilstedeværende voxen person». Ved fortolkningen af de sidste ord maa det fastholdes, at bopæl ikke er ensbetydende med hus, og at derfor i tilfælde, hvor det hus, i hvilket vedkommende bor, omfatter flere familieboliger, er det kun de i vedkommendes bolig stadig tilstedeværende personer, for hvem forkyndelsen kan ske,[10] ikke for andre, der har familiebolig i samme gaard, heller ikke for husværten.[11] Bestemmelsen vil væsentlig omfatte saadanne forhold som de, der begrundes ved, at en person har leiet møbleret værelse eller sengested hos en anden,[12] eller at flere deler samme logis, og for arbeidssteds vedkommende forholdet mellem arbeidsherren og hans folk samt mellem flere arbeidskamerater.

I det under β) anførte tilfælde kan forkyndelsen ske, foruden til voxne personer af vedkommendes husstand, til den, hos hvem han bor, eller nogen til dennes hus-

[9a] Forkyndelsen maa saaledes altid ske for en person. Den kan ikke iværksættes ved, at det, der skal forkyndes, f. ex. nedlægges i vedkommendes brevkasse; jfr. Hambro Byretsdomme nr. 1947.

[10] Jfr. Stortingstidende 1892, forh. i odelstinget p. 113, 1ste sp., 117—8, 123—4 og forh. i lagtinget p. 26, 2den sp.

[11] Se for den ældre ret Retst. 1882 p. 102 og 1889 p. 76.

[12] Jfr. Stortingstidende 1892 forh. i odelstinget p. 124.

stand hørende voxen person, derimod ikke til enhver paa opholdsstedet stadig tilstedeværende person. Til strpl. § 149, sidste led[13] har l. 1892 ingen tilsvarende bestemmelse.

Den, for hvem noget efter disse regler forkyndes paa en andens vegne, er, forsaavidt det kan ske uden udgift eller særdeles besvær for ham selv, under straf pligtig til uden ophold at underrette vedkommende om forkyndelsen og overgive ham den modtagne afskrift, saavelsom til strax at oplyse omstændigheder, der vides at være til hinder for, at vedkommende vil faa saadan underretning (l. 1892 § 7).[14]

De her fremstillede regler om pligt til at modtage forkyndelse paa en andens vegne berører ikke de tilfælde, hvorefter en person i kraft af et repræsentationsforhold har at modtage stevnemaal paa en andens vegne. Forsaavidt et saadant forhold beror paa procesfuldmagt, er det omhandlet i § 54; men iøvrigt fremkalder ikke disse forhold spørgsmaal af særlig procesretslig art. Det er civilrettens grundsætninger, der her kommer til anvendelse.[15]

4) Om tiden for forkyndelsen bestemmer nu l. 1892 § 4, 3dje p., at den ikke uden nødvendighed bør ske paa søn- eller helligdage eller udenfor almindelig dagstid (jfr. tidligere N. L. 1—4—2: «før sol gaar ned»). Overtrædelse af denne forskrift, der alene har karakteren af en ordensregel, kan aldrig berøre stevnemaalets gyldighed.

5) Forkyndelsen sker efter l. 1892 § 6 jfr. § 3, sidste led og instr. 12 decbr. 1892 § 13 paa den maade, at stevnevidnet (polititjenestemanden) meddeler hovedindholdet af vedkommende skrift og overrækker en bekræftet

[13] «Til anden voxen person kan den (forkyndelsen) ske, naar ingen af de nævnte personer forefindes, og han erklærer sig villig til at besørge den.»

[14] Nogen saadan underretningspligt kjendtes ikke efter den ældre ret; men det maa herved bemærkes, at det at forrette som stevnevidne tidligere var et ombud, der kunde paalægges tinglagets indvaanere. Underretningspligten er saaledes historisk en slags levning af en videregaaende pligt til at medvirke ved forkyndelser.

[15] Se forøvrigt Schweigaard § 54. Se ogsaa foran p. 224 ff.

afskrift (se l. 1892 § 3, sidste led)[16] af samme til den, for hvem forkyndelsen sker.[17] Negtes modtagelsen, efterlades afskriften. Paa forlangende skal derhos skriftet oplæses for vedkommende (l. 1892 § 4, sidste led).

Anvendelsen af disse regler vil i almindelighed ingen vanskeligheder volde, naar forkyndelsen sker paa vedkommendes bolig, opholdssted eller arbeidssted. Derimod vil der let kunne opstaa saadanne, naar forkyndelsen søges iværksat for vedkommende personlig udenfor noget af disse steder (f. ex paa gaden, paa en landevei el. lign.).[18] Hvis vedkommende ganske unddrager sig fra at høre meddelelsen om det, der skal forkyndes, er forkyndelsen at betragte som mislykket. Men hvis han har hørt, hvad det gjælder, og unddrager sig for at modtage afskriften af det forkyndte, maa forkyndelsen vistnok ansees foretagen, skjønt budet om, at afskriften skal efterlades, her ikke lader sig opfylde.

Tidligere skede forkyndelsen altid ved oplæsning eller mundtlig meddelelse, og det var ikke nødvendigt, at noget skriftligt forelaa. Nu foreskriver l. 1892 § 3 udtrykkelig, at det, der skal forkyndes, maa være skriftlig udfærdiget.

6) Beviset for forkyndelsen føres ved attest af den tjenestemand, der har foretaget forkyndelsen (jfr. l. 1892 § 6, 2det led og instr. 12 decbr. 1892 §§ 13 og 14)[19] Be-

[16] «Skriftet bør være ledsaget af de efter § 6 fornødne afskrifter, bekræftede af en forligelseskommissær, en autoriseret sagfører. et stevnevidne eller en anden offentlig tjenestemand»; jfr. til sammenligning strpl. § 147, der kræver, at det, som skal forkyndes, skal «udfærdiges» i flere exemplarer, en fordring, der paa civilprocessens omraade ikke lod sig opstille, da det, som skal forkyndes, kan være originaldokumenter, hidrørende fra andre end den, der lader forkyndelsen foretage (f. ex. bevisdokumenter, der efter bevilling tilsigtes fremlagte i overinstansen).

[17] Dette gjælder ogsaa ved de saakaldte beskikkelser; se skr. 19 mai 1893.

[18] Jfr. herom bemærkningerne under odelstingsforhandlingerne 1892, Stortingstidende (odelstingsforh.) p. 129—32.

[19] Attesten maa omfatte alle omstændigheder, der er af betydning for stevnemaalets gyldighed; jfr. Retst. 1900 p. 34 (sagen afvist, da bevidnelsen ikke udtrykkelig fremhævede, at den afleverede afskrift af stevningen var bekræftet). Jfr. dept.cirkulære af 9 novbr. 1900.

vidnelsen tegnes enten paa det forkyndte skrift eller meddeles særskilt. Ved fremlæggelse af denne attest fritages den, der har ladet forkyndelsen foretage, for videre bevis for: α) at de, der udgiver sig for stevnevidner, ogsaa virkelig er det, β) at deres underskrift er ægte, γ) at attestens indhold er rigtigt, forsaavidt forkyndelsen angaar. Derimod skulde strengt taget stevnevidnernes offentlige troværdighed ikke strække sig til omstændigheder, som det ligger udenfor deres kald at afgive bevidnelse om, saasom vedtagelser fra indstevntes side med hensyn til varsel o. lign. Imidlertid er praxis i denne henseende ikke streng,[20] og l. 1892 kan maaske ogsaa antages at bygge paa forudsætningen om en videregaaende *publica fides* for stevnevidnerne, naar den i § 6, sidste led foreskriver, at bevidnelsen om forkyndelsen skal indeholde, hvad vedkommende tjenestemand ved forkyndelsen «har bragt i erfaring eller, hvad modtageren har udtalt». Efter l. 1892 § 6, sidste led er bevidnelse ufornøden, hvor den, for hvem forkyndelsen sker, ved underskreven og dateret paategning paa skriftet vedtager lovlig forkyndelse, idet det isaafald er tilstrækkeligt, at stevnevidnet underskriver til vitterlighed.[21]

Ad b) Uregelmæssige forkyndelsesmaader finder anvendelse i følgende tilfælde:

1) Naar vedkommende har bekjendt bopæl i udlandet, skal forkyndelsen, hvis den ikke kan ske her i riget paa opholdssted eller forretningssted eller for vedkommende personlig, ske i udlandet paa den ved stedets love hjemlede maade (l. 1892 § 8 jfr. strpl. § 153). Dette er dog, strengt taget, ikke at betragte som en uregelmæssig forkyndelsesmaade, idet det er en anvendelse af de almindelige regler om proceslovenes herredømme i rum.[22]

Er rettens begjæring nødvendig for at faa forkyndelsen

[20] Se Ugebl. for lovk. VIII p. 477; Schweigaard I p. 291.

[21] Regelen i § 6 gjælder kun bevis for forkyndelser, ikke for de meddelelser, der efter lovens § 11 (se foran p. 376) i visse tilfælde kan træde i en forkyndelses sted. Retst. 1902 p. 916.

[22] Se foran p. 91. Jfr. ogsaa Beichmann i Tidsskrift for retsvidenskab 1895 p. 123—4.

udført i udlandet, skal den paa forlangende meddeles uden betaling. Den norske konsul pligter paa forlangende at besørge det fornødne til forkyndelsens iværksættelse (l. 1892 § 8), en forskrift, der dog kun vil faa betydning, hvor det ikke fra vedkommende fremmede autoriteter kræves, at begjæringen skal fremsættes ad diplomatisk vei.[23]

2) Naar en person intet bekjendt opholdssted har enten her i riget eller i udlandet, foretages, i stedet for den regelmæssige forkyndelse, hvad l. 1892 § 17 kalder en offentlig indvarsling, om hvilken reglerne nu findes i samme lovs § 9, der for civilprocessen afløser N. L. 1—4—10 og 12 (for straffeprocessen se strpl. § 154). Denne offentlige indvarsling omfatter følgende enkelte skridt:

α) Forkyndelse overensstemmende med de under a) fremstillede regler paa vedkommendes sidste bopæl eller opholdssted her i riget. Har han aldrig opholdt sig her i riget, bliver denne forkyndelse uanvendelig, og det under β) omhandlede skridt maa ansees tilstrækkeligt.

β) Opslag paa tingstedet[24] af en afskrift af det, som er forkyndt, eller af dets væsentlige indhold tilligemed — i sidste tilfælde — meddelelse om, at det forkyndte beror til afhentelse paa rettens kontor.

For stevninger kommer dertil følgende yderligere skridt (l. 1892 § 9, sidste led):[25]

[23] Se i det hele om forkyndelser i udlandet traktat 27 april 1899 art. 1—4 og om denne traktat foran p. 90; jfr. Retst. 1896 p. 190—1.

[24] Strpl. § 154 har her retsstedet.

[25] Loven har her udtrykket «stevningen», hvilket leder tanken hen paa, at hele paragrafen kun skulde handle om stevninger. Dette udtryk beror imidlertid vistnok paa en inkurie, der skyldes justitskomiteen. Baade odelstingspropositionen af 1891 og den af 1892 havde udtrykket «stevninger», og i motiverne (O. prop. nr. 11 1891 p. 9—10) fremhæves, at der taler særlige grunde for at kræve en videregaaende bekjendtgjørelse af stevninger end af andre gjenstande for forkyndelse. Om kaldsedler til forligelseskommissionen bliver der i disse tilfælde, hvor forligsmægling bortfalder — se foran p. 116, ikke tale; og hvad domme og kjendelser angaar, fremhæver motiverne, at bekjendtgjørelse i aviserne dels vil kunne synes unødig krænkende, dels vil være mindre fornøden, naar stevningen er bekjendtgjort paa den mere fuldstændige maade. I justitskomiteens indstilling findes intet, der tyder paa, at den har villet gjøre forandring heri (se Indst. O. III for 1892 p. 3—4).

γ) Bekjendtgjørelse af det forkyndte i Kundgjørelsestidenden og et eller flere af de mest udbredte blade paa forkyndelsesstedet.

δ) Underretning til vedkommende gjennem anbefalet brev, saafremt man kjender eller har formodning om hans opholdssted i udlandet.[26]

3) I visse særlige tilfælde er der i speciallovgivningen foreskrevet særlige forkyndelsesmaader (navnlig tinglysning eller indrykkelse i Kundgjørelsestidenden); se de i l. 1892 § 10, 2det led opregnede lovbestemmelser.

II. De af loven opstillede regler om forkyndelser kan ikke ansees absolut ufravigelige. Det staar altid den, for hvem forkyndelsen skal ske, frit, hvorvidt han paa mangler ved denne vil bygge indsigelser mod vedkommende rettergangsskridts fremme eller ikke. Derimod kan gyldigheden af modificerende forhaands aftaler kun anerkjendes inden visse grænser. Disse kan overensstemmende med den i praxis gjennemførte,[27] med sagens natur stemmende lære bestemmes derhen, at de vedtagne forkyndelsesformer i de tilfælde, hvor varsel ikke kan fraskrives (foran p. 375—6), ikke er gyldige, naar de maa lede til, at der overhovedet ingensomhelst betryggelse haves for, at den, der skal stevnes til rettergang, faar noget varsel, saasom naar det vedtages, at forkyndelse kan ske paa byens raadhus, paa en ubebygget tomt el. lign. I de tilfælde, hvor alt varsel gyldig kan fraskrives, maa ogsaa hvilkensomhelst ændring i forkyndelsesformen kunne vedtages.

Med hensyn til beviset for saadanne vedtagelser bemærkes, at det ikke er tilstrækkeligt at fremlægge et dokument, hvori en saadan vedtagelse er indeholdt. Ti hvis dettes ægthed ikke er indrømmet, kan den ikke uden videre tages for given, hvilket navnlig faar betydning i tilfælde af indstevntes udeblivelse.

[26] Bestemmelsen i strpl. § 154, sidste led om, at forkyndelsen først skal ansees skeet, naar fire uger er hengaaet efter bekjendtgjørelsen, er ikke optaget i loven af 1892; se om grundene hertil O. prop. nr. 11 1892 p. 10.

[27] Se Retst. 1883 p. 575; 1884 p. 527; 1886 p. 438; 1890 p. 490. Hambro Byretsdomme nr. 1929. Jfr. foran p. 30.

Ensidig kan sagsøgeren selvfølgelig aldrig vælge andre forkyndelsesmaader end de i loven andrdnede, f. ex. lade stevningen forkynde ved tvende selvtagne personer eller ved rekommanderet postforsendelse.

§ 78.

PROCESSUELLE FRISTER OG DERES BEREGNING.[1]

I. En processuel frist har dels betydningen af et tidsrum, inden hvilket en vis handling maa være foretagen for at medføre processuel virkning (præskriptionsfrister, herunder appel- og opreisningsfrister), dels af et tidsrum, der maa være forløbet, før der bliver adgang til at foretage en vis handling (varsels-, udsættelses- og exekutionsfrister). Fristen kan enten være fastsat i loven eller bestemmes af retten. Det sidste er tilfældet med udsættelsesfristerne og visse exekutionsfrister.

Fristerne bestemmes i regelen til et vist antal dage, uger, maaneder eller aar. Disse frister forstaaes efter deres betydning i den almindelige sprogbrug saaledes, at der regnes ikke efter klokketimer, men efter kalenderafsnit.[2] Det er i denne forstand en dag fra mandag aften kl. 11 til tirsdag morgen kl. 1, en uge fra mandag aften i den ene uge til mandag morgen i den næst paafølgende, en maaned fra 1 januar til 1 februar ligesaavelsom fra 1 februar til 1 marts, uagtet dagantallet er forskjelligt i begge tilfælde. Findes der ingen tilsvarende dag i slutningsmaaneden, ansees fristen udløben paa dennes sidste dag (31 januar til 28 februar). For denne beregning af uge- og maanedsfristerne haves nu en udtrykkelig lovhjemmel i l. 4 juni 1892 § 18, forsaavidt varselsfristerne angaar; og denne regel, der stemmer med, hvad man ogsaa før i almindelighed antog,[3] maa gjælde i alle tilfælde, hvor

[1] Jfr. Forelæsninger over straffeproces § 94; Schweigaard I p. 265—6; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 41—3. Se ogsaa A. W. Scheel Privatrettens almindelige del II p. 73 ff.

[2] Jfr. Retst. 1887 p 465.

[3] Jfr. Schweigaard I. p. 265—6; Retst. 1880 p. 751.

intet modsat er foreskrevet. I enkelte lovbestemmelser (se senest l. 8 mai 1869 § 11) forekommer frist af aar og dag, hvorved efter N. L. 5—2—4 forstaaes et aar og 6 uger.[4] Ved halv maaned som frist (jfr. N. L. 1—4—13) maa forstaaes 14 dage.[5] Aftensvarsel som frist betegner, hvad det bogstavelig angiver: tiden fra aften til følgende morgen.

Ved fristens beregning efter dage kan det opstilles som almindelig regel, at den dag, paa hvilken den begivenhed eller det tidspunkt er indtraadt, hvorfra der regnes, tælles med, men ikke den, paa hvilken rettergangshandlingen tidligst kan foretages eller senest maa være foretagen. Dette er i l. 4 juni 1892 § 18 udtrykkelig sagt om varselsfrister og i reskr. af 19 decbr. 1749 om appelfrister, og det samme synes at maatte antages om exekutionsfrister.[6] Kun for de i forligelsesl. 20 juli 1824 opstillede varselsfrister bestemmer denne lovs § 45, at begge dage skal tælles med.

Udløber en frist paa en helligdag, maa den næste søgnedag ansees som endepunktet (jfr. N. L. 1—3—4, strpl. § 158). Retsferierne har ingen indflydelse paa fristforløbet.

II. Vor gjældende procesret kjender ingen almindelig adgang til at opnaa opreisning ligeoverfor forsømmelse af en frist. Kun for appelfristerne gjælder i saa henseende særegne regler, idet administrationen har en nærmere bestemt adgang til at dispensere fra virkningerne

[4] Om oprindelsen til denne fristberegning, der er eiendommelig for den germanske ret, se Fockema-Andreæ i det af Savignystiftelsen udgivne Zeitschrift für Rechtsgeshichte XIV (Germ. Abth.) p. 75 ff.

[5] Se N. L. 1—4—13, der bruger en halv maaned ensbetydende med 14 dage i N. L. 1—4—7; jfr. Schweigaard I p. 265 nederst.

[6] Jfr. om disse Nellemann Læren om exekution (3dje udg.) p. 52, note 1. — Udk. til l. om d. o. § 180 har for alle frister, der regnes efter dage, den modsatte regel af den nu gjældende, idet den dag, paa hvilken den begivenhed eller det tidspunkt er indtraadt, hvorfra der regnes, ikke skal medtages, men derimod den dag, paa hvilken den handling. for hvilken fristen er sat, tidligst kan foretages eller senest maa være foretagen; jfr. motiverne p. 105—6.

af, at de er oversiddede.[7] I andre processystemer er det sædvanligt, at der er indrømmet retten myndighed til at meddele opreisning mod forsømmelse af processuelle frister, naar denne ikke er parten tilregnelig. En saadan ordning foreslaaes ogsaa indført hos os ved det foreliggende udkast til lov om domstolenes ordning §§ 185 ff.

[7] Se nærmere Anden del § 143, VI; jfr. strpl. § 384.

inte'
(s
r

ANDET UNDERAFSNIT

PARTSHANDLINGER

FØRSTE KAPITEL

OM DE PROCESSUELLE PARTSERKLÆRINGER SÆRLIG PARTERNES ANGREBS- OG FORSVARSMIDLER

§ 79.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

Forhandlingens øiemed vil fra sagsøgerens side være at overbevise dommeren om, at hans krav er velgrundet, og sagvolderens bestræbelser vil være rettede paa enten at fremkalde den modsatte overbevisning eller ialfald at hindre, at dommeren vinder en saadan overbevisning, som af sagsøgeren tilstræbt. Alle processkridt. der tjener det første øiemed, er angrebsmidler i videre forstand, alle skridt, der sigter til det sidstnævnte formaal, er forsvarsmidler i videre forstand. Begreberne angrebs- og forsvarsmidler i denne videre forstand omfatter ikke alene alle parternes paastande og anførsler af faktisk og retsligt indhold, men ogsaa bevismidlerne saavelsom alle indsigelser mod de af modparten tilsigtede processkridt. Ved fremstillingen i nærværende kapitel er imidlertid et snevrere begreb lagt til grund. For det første er parternes rent juridiske deduktioner ingen retsregler underkastede

og tiltrænger derfor ingen særskilt behandling. Paa den anden side gjælder for bevisførselen en række særlige regler, der bedst fremstilles i et særeget kapitel (se kapitel 3), idet i nærværende kapitel deraf alene medtages, hvad der naturlig finder sin plads i sammenhæng med fremstillingen af reglerne for parternes angrebs- og forsvarsmidler overhovedet. Endelig er de formelle indsigelser allerede behandlede i § 67. Det, der saaledes bliver tilbage som stof for nærværende kapitel, er de anførsler af parterne, hvorved disse fremlægger selve processtoffet, d. e. det, der fra begge sider undergives dommerens afgjørelse i henseende til selve procesgjenstanden. I denne forstand er angrebsmidler saavel de selvstændige paastande og søgsmaalsgrunde (f. ex. eiendomsret som grundlag for krav paa udlevering af en i sagvolderens besiddelse værende ting) som de enkelte faktiske anførsler, hvorved søgsmaalsgrunden nærmere udvikles (f. ex. de momenter, hvorpaa eiendomserhvervet grundes, saasom ved hævd de enkelte hævdshandlinger, de enkelte momenter, hvori hævderens gode tro er fremtraadt, o. s. v.), hvortil ogsaa hører de omstændigheder, hvorpaa parternes legitimation til sagen beror. Forsvarsmidler er i denne forstand ikke blot sagvolderens selvstændige benegtelser og indsigelser (f. ex. den anførsel, at han har betalt den paasøgte gjæld), men ogsaa alle de enkelte faktiske anførsler, hvorved sagvolderen i det hele søger at afværge søgsmaalet (f. ex. paaberaabelse af enkeltheder ved betalingsakten, som gjør denne forbindende for sagsøgeren, selv om den erlagte ydelse ikke er kommen ham i hænde, saasom at den er erlagt til hans fuldmægtig o. lign.). For disse anførsler gjælder en række processuelle regler, som bliver at fremstille i nærværende afsnit. Disse regler angaar dels det trin i forhandlingen, paa hvilket angrebs- og forsvarsmidler maa gjøres gjældende for at komme i betragtning (eventualmaximen), dels indholdet af de anførsler, hvori parterne fremsætter sine angrebs- og forsvarsmidler, idet der stilles visse fordringer til, at den, der gjør et angrebs- eller forsvarsmiddel gjældende, skal give det en tilstrækkelig tydelig og bestemt skikkelse.

§ 80.

OM BETINGELSERNE FOR UNDER SAGENS GANG AT ANBRINGE ANGREBS- OG FORSVARSMIDLER SÆRLIG OM EVENTUALMAXIMEN[1].

I. For at opnaa koncentration af processtoffet og forebygge, at parterne trækker sagen i langdrag og volder hinanden chikanøse vanskeligheder ved stadig at kaste nye tvistepunkter ind i processen, opstilles der den regel, at parterne samlet skal anføre de angrebs- og forsvarsmidler, som de har anledning til at paaberaabe sig, hvis de overhovedet vil have adgang til at faa disse taget i betragtning; de skal allerede fra først af medtage ogsaa de angrebs- og forsvarsmidler, som de egentlig kun eventuelt — d. e. hvis de ikke trænger igjennem med de principale — har brug for (eventual- eller koncentrationsmaximen)[2]. Denne regel er ikke nogetsteds udtrykkelig udtalt i lovgivningen, men fastslaaet ved praxis[3].

Som allerede foran p. 330—1 paapeget, er det urigtigt med den ældre teori at grunde regelen paa en formodet renunciation fra vedkommende parts side. Adgangen til

[1] Ørsted i Eunomia III p. 501 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 18 (jfr. p. 7-9) og samme i skriftet om A. S. Ørsteds betydning I p. 78—85; Deuntzer Civilproces p. 160 ff.; Getz Prøveforelæsning om adgangen til at forandre sagens oprindelige gjenstand under civil rettergang; sammes Paaanke p. 88 ff.; Platou Prøveforelæsninger over opgivne emner (1875) p. 9 ff.; Schweigaard I p. 231 (§ 59) og p. 307; Hein i Tidsskr. f. retsvidenskab 1889 p. 393 ff. Se ogsaa Anden del § 150, III.

[2] Jfr. foran p. 53.

[3] Dens oprindelse i vor ret lader sig føre tilbage til sidste halvdel af forrige aarhundrede; se Nellemann l. c. p. 74, note 1 og det der citerede. Sandsynligt er det, at dens optagelse i retsbrugen skyldes indflydelse af den tyske proces, hvor den først udviklede sig. I den romerske proces var den ukjendt og i den kanoniske var den ialfald ikke kommen til nogen klar udformning; jfr. Wetzell System des Civilprocessrechts § 71; Klein Die schuldhafte Parteihandlung p. 151 ff. — I den foran i note 1 citerede afhandling af Hein er det bestridt, at eventualmaximen gjælder i den danske og norske procesret. Se imidlertid mod H. Nellemann l. c. p. 76 ff.

at anbringe nye angrebs- og forsvarsmidler kan derfor ikke holdes i kraft ved et forbehold fra partens side. Den rigtige opfatning er, at eventualmaximen opstiller en præklusiv udelukkelse af adgangen til overhovedet under processen at anbringe forsvars- og angrebsmidler, der ikke er fremkomne i rette tid. Om denne præklusions udstrækning og de nærmere betingelser for dens indtræden bemærkes:

1) Den indtræder ikke, med mindre det forlanges af modparten. Eventualmaximen haandhæves ikke *ex officio* af retten. Vistnok er heller ikke denne uden interesse i processtoffets koncentration, ligesom i det hele — som før fremhævet — retspleiens hurtighed er et offentligt hensyn. Men hos os har paa dette punkt den betragtning været afgjørende, at det fortrinsvis er modparten, der er interesseret i, at forhandlingen holdes indenfor den optrukne ramme, og at en saa indgaaende beklippelse af en parts processuelle virkemidler, som den, eventualmaximen medfører, ikke bør bringes i anvendelse uden efter de nærmest interesseredes ønske.

2) Eventualmaximen finder ingen anvendelse, naar vedkommende part ikke har havt anledning til fra først af at anbringe alle sine angrebs- og forsvarsmidler, og der saaledes ikke kan lægges ham nogen forsømmelse til last i denne henseende. Omstændigheder, hvorom parten fra først af var i undskyldelig uvidenhed[4], eller som først er opstaaede senere, eller hvis paaberaabelse først er foranlediget ved momenter, der er anførte af den anden part, kan ogsaa senere gjøres gjældende, men maa anføres, saasnart anledningen er givet.

3) Eventualmaximen er alene til hinder for senere anbringelse af virkelig n y e angrebs- og forsvarsmidler. Den udelukker ikke, at parterne ved nye anførsler nærmere f o r k l a r e r og u d v i k l e r, hvad der ligger i deres tidligere processuelle udtalelser. Retten maa ved den nævnte

[4] Jfr. Retst. 1888 p. 598 (ogsaa en urigtig anførsel fra modpartens side, paa hvilken parten har stolet, kan i denne henseende komme i betragtning). Retsuvidenhed vil ingenlunde her altid kunne betragtes som uundskyldig: jfr. H a m b r o Byretsdomme nr. 1969.

maximes haandhævelse anvende en rimelig, ikke for stiv fortolkning af, hvad parterne har ment[5].

4) Ved bedømmelsen af, hvad der skal ansees som samlet anførsel af angrebs- eller forsvarsmidler, maa man gaa ud fra, at hvad der er tilføiet eller berigtiget i et processkrift, før endnu modparten har givet noget tilsvar paa dette, maa ansees betimelig fremført, saa at eventualmaximen ikke er til hinder for, at der tages hensyn til berigtigelsen.

5) Det omraade, paa hvilket eventualmaximen finder anvendelse, begrænses paa den ene side af saggivelsen[6], paa den anden side alene af den endelige dom i sidste instans. Den gjælder saaledes ogsaa i forholdet mellem under- og overret[7]. Derimod finder den ikke anvendelse i forhold til de processkridt, der ligger forud for saggivelsen. Dette sidste er dog tildels baade i teori og praxis bleven mindre klart opfattet, idet det i almindelighed fremstilles, som om sagsøgeren er bunden i henseende til søgsmaalsgrunde og paastande ved, hvad han har anført i forligsklage og stevning. Forsaavidt dette grundes paa eventualmaximen, bemærkes, at denne vilde føre videre og bevirke, at sagsøgeren overhovedet — ogsaa forsaavidt de enkelte faktiske momenter i søgsmaalets begrundelse angaar — vilde være bunden ved den fremstilling, han har givet i de nævnte skriftstykker, hvilket visselig ikke er stemmende med den praktisk herskende op-

[5] Jfr. f. ex. Ugebl. f. lovk. IX p. 105 ff. (især p. 106, 2den spalte: Sagvolderen havde paaberaabt panteret som grund til at negte udleverelse af et parti varer; i appelinstansen udviklede han dette derhen, at han ifølge det mellem parterne bestaaende retsforhold havde ret til at tilbageholde varerne) og X p. 417—18 (sagvolderen havde ligeoverfor et vexelobligationssøgsmaal gjort den indsigelse, at han ikke havde underskrevet obligationen; i appelinstansen udvikler han dette nærmere derhen, at den, der havde underskrevet for ham, ikke efter omstændighederne kunde ansees behørig bemyndiget og heller ikke af kreditor var antaget at være bemyndiget). Jfr. ogsaa Retst. 1852 p. 45, nederst; 1895 p. 691; 1897 p. 160; 1899 p. 254 og 433. Om berigtigelse af regnefeil se Hambro Byretsdomme nr. 1968.

[6] Jfr. derom nedenfor § 87.

[7] Jfr. Getz Paaanke p. 97—8; Anden del § 150, III.

fatning[8]. Forsaavidt der er en vis tilbøielighed til at betragte søgsmaalsgrunde og paastande, der ikke er medtagne i forligsklage og stevning, som frafaldne, er denne opfatning allerede gjendreven ved det i §§ 59 og 60 udviklede. Det er vistnok utvivlsomt, at en paastand kan være fremsat under saadanne omstændigheder, at deri ligger en frafaldelse af videregaaende krav; men dette beror da paa civilretslige, ikke paa processuelle grundsætninger[9].

6) Eventualmaximen har alene anvendelse paa de faktiske anførsler. Den omfatter ikke parternes retslige udviklinger[10].

Hvad beviserne angaar, maa der skjelnes mellem procedyren ved samme instans og i forskjellige instanser.

[8] Jfr. Retst. 1858 p. 165 ff. og 1871 p. 52 ff. (især p. 55); se foran p. 128—9 og nedenfor i § 87. Jfr. Getz Prøveforelæsninger p. 20. — Omvendt vil det heller ikke kunne ansees tilstrækkeligt, at en indsigelse er fremsat under forligsmæglingen, naar den ikke er gjentagen under sagen. Jfr. forøvrigt Ugebl. f. lovk. IV p. 179 og 187.

[9] Se foran § 59, note 2. Jfr. hermed Retst. 1879 p. 45 ff.: En person, der havde en kontraktsmæssig ret til alternativt at overtage den hele eller den halve gaard, paastaar i klagen alene den halve gaard og antages bunden herved. Retst. 1887 p. 601: En handelsbetjent indtaler hos sin husbond løn efter 96 kroner maaneden; senere udvides paastanden til 120 kroner pr. maaned, idet han anfører, at han fra først af alene havde paastaaet det beløb, hvorom ingen tvist formodedes at bestaa, medens han formedelst mangel paa legitimation fra først af ansaa det unyttigt at paastaa 120 kroner. Denne udvidelse af paastanden blev anseet utilstedelig, idet førstvoterende herom anførte: «Om vore procesregler end tilsteder nogen adgang til kontinuationsvis at gjøre gjældende et større krav i anledning af samme forfaldne gjældspost, efterat den engang uden reservation er bleven paaklaget og paastevnet med et bestemt beløb som det skyldige, kunde saadan adgang dog ikke staa aaben *in casu*, hvor det paaberaabte og senere benyttede bevismiddel faktisk existerede paa klagens og stevnemaalets tid, og hvor det ligesaalidt skyldes søgvolderens adfærd, at det ikke stod til benyttelse.» Begge afgjørelser er vistnok velgrundede; men de beror, som det af det i texten udviklede vil fremgaa, ikke paa nogen særlig «civilprocessens grundmaxime» (jfr. førstvoterende i den sidste sag p. 603). Jfr. endvidere ogsaa Retst. 1852 p. 40 ff.; 1896 p. 152—3.

[10] Jfr. Retst. 1897 p. 874 (at vedkommende part oprindelig kun havde støttet sin paastand paa søf.l. 1893, antoges ikke at udelukke, at han senere støttede den til søf.l. 1860).

I førstnævnte henseende gjælder eventualmaximen ikke; og nye beviser kan tilveiebringes, indtil sagen er optaget til dom. I overinstansen kan derimod ikke uden efter bevilling, der forøvrigt her er kurant, fremlægges beviser, der ikke har været førte i underinstansen[11].

7) Eventualmaximen kommer selvfølgelig ikke til anvendelse paa indsigelser, som dommeren paa embeds vegne har at tage i betragtning[12], heller ikke i sager, hvor parterne ikke er fuldt raadige over procesgjenstanden. I disse tilfælde opveier det offentlige hensyn til, at det virkelige forhold udfindes og lægges til grund for dommen, hensynet til processtoffets koncentration. Billighed taler ogsaa for, at maximen ikke bringes til anvendelse i sager, hvor parterne ikke har adgang til at møde ved sagfører[13], idet der ikke i disse tilfælde kan stilles de samme fordringer til orden og koncentration i fremstillingen I praxis synes man tilbøielig til at gaa videre og bedømme efter samme synspunkt ethvert tilfælde, hvor parten faktisk møder uden sagfører[14].

II. Adgangen til at gjøre nye angrebsmidler gjældende er i visse tilfælde betinget af ny forligsmægling og ny stevning (kontinuationsstevning). Dette gjælder ikke blot i de foran i § 63 omhandlede tilfælde, hvor det nye angrebsmiddel indeholder et selvstændigt nyt retskrav, men overhovedet, hvor der oprindelig i forligsklage og stevning er nedlagt en bestemt paastand og denne senere udvides eller kvalitativt forandres[15], selv om ikke det individuelle retskrav, der er sagens gjenstand, derved forandres, saasom hvor paastanden i en gjældssag udvides til de terminer af gjælden, der forfalder under sagen, eller hvor en paastand om varer ifølge leveransekontrakt forandres til paastand om varens pris paa leveringstiden[16].

[11] Jfr. Anden del p. 99—100 og 101.

[12] Se foran p. 346; Retst. 1901 p. 849.

[13] Se foran p. 269.

[14] Jfr. Ugebl. f. lovk. VI p. 137 ff. (især p. 141); Retst. 1866 p. 762; se foran p. 352, note 13 og Anden del § 150, note 24.

[15] Er der ikke i forligsklagen, men i stevningen nedlagt bestemt paastand, er kun ny stevning, ikke ny forligsmægling, nødvendig.

[16] Jfr. Getz Prøveforelæsninger p. 15.

Tidligere krævedes ogsaa i en enkelt anvendelse stevning som vilkaar for anbringelse af en indsigelse fra indstevntes side, nemlig kompensationsindsigelsen; men dette er, som før paavist, ophævet ved l. 4 juni 1892 § 41.

§ 81.

FORTSÆTTELSE. BEGRÆNSNING AF ADGANGEN TIL AT FREMFØRE FORSVARSMIDLER. N. L. 5-13-4[1].

I visse tilfælde er indstevntes adgang til at fremsætte indsigelser mod søgsmaalet beklippet. Herved bliver selve søgsmaalets gjenstand begrænset, idet visse sider eller bestanddele af det omprocederede retsforhold bliver udenfor forhandling og paadømmelse, hvoraf imidlertid atter er en naturlig følge, at disse forbigaaede momenter uden hinder af reglerne om dommes retskraft maa kunne gjøres til gjenstand for senere prøvelse i en særskilt sag.

En saadan beklippelse af indstevntes indsigelser kan hvile paa civilretsligt grundlag, saaledes hvor kompensationsindsigelsen ligeoverfor visse krav er udelukket ved udtrykkelig aftale eller bindende forudsætning[2], eller hvor eiendomsindsigelse mod et krav paa tingens udlevering efter omstændighederne maa ansees afskaaret ved den maade, hvorpaa besiddelsen er stiftet (f. ex. ved en til udlevering ved et bestemt tidspunkt forpligtende leie- eller laaneaftale)[3]. Disse tilfælde bliver ikke at bedømme efter processuelle regler, men efter civilretslige grundsætninger. Kun skal her den almindelige bemærkning gjøres, at vor ret ikke kjender noget tilfælde, hvor en indsigelse er udelukket blot i kraft af søgsmaalets almindelige civilretslige karakter, saaledes som tilfældet var med besiddelsessøgsmaalene efter den romerske ret[4].

[1] Jfr. Schweigaard I § 60; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 48; Deuntzer Civilproces p. 175 ff.

[2] Se Morgenstierne Om kompensation efter norsk ret (1879) p. 46—7.

[3] Jfr. Getz Juridiske afhandlinger (1902) p. 420, note 1.

[4] Jfr. Hambro Bidrag til læren om besiddelse (1889) p. 178 ff. og den der anførte litteratur.

Her bliver saaledes alene at behandle de positive processuelle bud, der afskjærer visse arter indsigelser.

Den mest vidtgaaende bestemmelse af den her omhandlede art er den, der findes i vexelprocesl. 17 juni 1880 § 4. Denne bestemmelse indgaar her som et led i den række af regler, hvormed i vexelprocessen en paaskyndelse søges opnaaet, og finder bedst sin behandling under fremstillingen af nævnte procesmaade[5]. Et noget mindre vidtgaaende fortrin giver N. L. 5—13—4 gjældsbreve i den hensigt at sikre disses inddrivelse mod ophold ved utidige kompensationsindsigelser. Da gjældsbreve ikke iøvrigt betinger anvendelsen af nogen særegen procesmaade, finder det anførte lovbuds fortolkning rettest sin plads her:

1) Lovstedet har alene anvendelse, hvor sagsøgerens krav grunder sig paa «rigtige og pure haandskrifter».

Ved haandskrift forstaaes i lovbogen det samme som gjældsbrev, det er en af skyldneren udstedt skriftlig erkjendelse for skyldig pengegjæld[6]. Derunder indbefattes saaledes ikke kontokuranter og skriftlige kjøbekontrakter. Med gjældsbreve skal dog efter lovgivningens positive bud ligestilles tømmersedler[7], domme og forlig, hvis exekutionskraft er forældet[8]. At gjælden er bleven likvid ved at skyldneren har erkjendt den, er ikke tilstrækkelig grund til i den heromhandlede henseende at ligestille mundtlig gjæld med haandskriftskrav.

At haandskriftet skal være «purt» vil sige, at det ikke maa indeholde betingelser for gjælden.

Ved et «rigtigt» haandskrift forstaar lovgivningen i andre anvendelser et, der er uimodsagt (jfr. frdn. 13 januar 1792). Dette kan dog neppe lægges til grund for fortolkningen af ordene «pure og rigtige» i N. L. 5—13—4, da dennes anvendelse derved vilde blive utilbørlig indskrænket og i virkeligheden prisgivet sagvolderen[9]. I ordene selv ligger

[5] Se Anden del § 161, IV.

[6] Jfr. Auberts Udg. af Hallagers Obligationsrettens alm. del p. 200 ff.; Johs. Bergh i Tidsskr. f. retsvidenskab 1894 p. 167.

[7] Reskr. 13 novbr. 1776 §§ 1 og 2.

[8] Frdn. 17 mai 1690 i. f. og forl.l. 1824 § 71.

[9] Jfr. Deuntzer l. c. p. 176—7.

der ikke nødvendigvis mere end, at haandskriftet ikke ved sit eget udseende (f. ex. ved raderinger) maa give anledning til tvivl.

2) Det modkrav, der skal kunne afvises, maa være «omtvistet gjæld». Her kommer det altsaa an paa, om sagsøgeren erkjender modkravets rigtighed eller ikke. Dog maa det antages, at kompensationsindsigelse, grundet paa haandskriftskrav, aldrig kan afvises.

Paa egen haand har man udenfor lovstedet villet udvide adgangen til indsigelser i følgende tilfælde:

a) Naar den «omtvistede gjæld» har været omprocederet og saaledes er moden til dom uden yderligere forhandling[10]. Herved overser man imidlertid, at, om end under denne forudsætning sagens behandling i første instans maaske ikke forhales, maa der tages hensyn til, at det omtvistede kan gjøres til grundlag for appel.

b) Naar modkravet udspringer af samme retsforhold som hovedkravet. Ogsaa denne indskrænkning i N. L. 5—13—4 er ganske vilkaarlig og ubegrundet. Den vilde lettelig kunne gjøre den hele regel illusorisk, da derved aabnedes adgang til en forhalende procedyre om, hvad der skal betragtes som konnext og hvad ikke[11].

3) Regelen i N. L. 5—13—4 er en processuel, ikke en materielretslig regel, det vil sige: den opstiller alene betingelserne for under samme sag at kunne gjennemføre en paastaaet kompensation, ikke for den materielle adgang til overhovedet at kompensere. Hvis derfor sagvolderen under en senere sag kan godtgjøre modkravets berettigelse, kan han kræve alt, hvad han vilde have opnaaet, om kompensationen var gjennemført, da kravet derpaa fremsattes[12].

[10] Se tvende danske domme i Jur. tidsskr. VI, 1 p. 101 ff. og VII —2 p. 15 ff. Sætningen er ogsaa antagen af Schweigaard l. c., medens Ørsted har udtalt sig imod den i en note til den første af de anførte domme. Se ogsaa Deuntzer l. c. p. 178.

[11] Saaledes ogsaa Deuntzer l. c. p. 178. I en sag, der er meddelt i Retst. 1864 p. 485 ff., er spørgsmaalet vakt, men det kan ikke af referatet med sikkerhed sees, hvorledes det er løst. Kristiania byret har i en i «Aftenposten» nr. 846 for 1901 meddelt sag befulgt den her bestridte lære.

[12] Jfr. Morgenstierne l. c. p. 84—5; Auberts udg. af Hallagers Obligationsrettens alm. del p. 279; J. Lassen Haand-

§ 82.

PARTERNES BEGRUNDELSE AF SINE ANGREBS- OG FORSVARS-MIDLER.

Det er en almindelig processuel regel, at parterne maa begrunde og bevise sine angrebs- og forsvarsmidler. Om bevisnødvendigheden vil blive talt nærmere i kapitlet om bevis. Her skal alene behandles nødvendigheden af begrundelse fra parternes side, hvorved forstaaes en angivelse af de faktiske omstændigheder, hvoraf de udleder sine angrebs- og forsvarsmidler, og som giver disse en konkret faktisk skikkelse.

For sagsøgerens vedkommende vil en begrundelse af hans krav være nødvendig allerede af hensyn til retten. Denne maa nemlig kræve søgsmaalets gjenstand saaledes individualiseret, at deraf kan sees, om det er det samme krav, der har været undergivet forligsmægling, og at det nøiagtig kan bestemmes, hvilket krav det er, som er undergivet paadømmelse, idet dette krav efter reglerne for dommes retskraft ikke oftere kan forelægges domstolen til prøvelse. Hvor kravet ikke er saaledes begrundet, at en saadan individualisation foreligger, maa retten paa embeds vegne afvise søgsmaalet. Men til at individualisere kravet fordres ikke altid en angivelse af de faktiske omstændigheder, hvoraf det udledes, idet i mange tilfælde angivelsen af et retsforhold vil være tilstrækkeligt; saaledes vil det ved *rei vindicatio* være nok til individualisation af kravet at paaberaabe sig eiendomsret til en bestemt ting, uden at det for dette øiemed er nødvendigt at angive de retsstiftende kjendsgjerninger, hvorved denne eiendomsret er stiftet; ved *actio emti* vil det, hvor sagen angaar en bestemt ting, i almindelighed være nok at paaberaabe sig kjøbekontrakten, medens det, hvor sagen gjæl-

bog i obligationsretten p. 551—2. — Vexelproceslovens § 4 kræver, at der under den tidligere sag skal være taget et udtrykkeligt forbehold; men dette kan ikke udenfor denne lovs eget omraade opstilles som betingelse for den i texten omhandlede begrænsning af dommens retskraft. Jfr. Anden del p. 156—7.

der et generisk salg, kan være nødvendigt til individualisation ligeoverfor andre salg at nævne tidspunktet for kontraktens afslutning.

En videregaaende faktisk begrundelse er derimod den anden part i sagen berettiget til at kræve som betingelse for, at han overhovedet skal udtale sig om det af modparten anbragte. Hvis saaledes sagsøgeren grunder sin eiendomspaastand paa hævd, eller sagvolderen ligeoverfor et gjældsbrev paaberaaber sig betaling, kan modparten opfordre («provocere») ham til at angive, hvilke hævdshandlinger der er foretagne, henholdsvis naar og til hvem betaling er erlagt. Modparten kan sige: «Jeg kan overhovedet intet udtale om hævd, betaling o. s. v., medmindre det paavises, til hvilke fakta der herved sigtes; kun naar saa sker, kan jeg faa anledning til enten at benegte eller erkjende det anførte». Efterkommes ikke en saadan opfordring, vil følgen blive, at der ved sagens afgjørelse intet hensyn tages til det angrebs- eller forsvarsmiddel, der mangler faktisk begrundelse.

Hvorvidt begrundelsen af et angrebs- eller forsvarsmiddel behøver at udgaa fra den part selv, i hvis interesse det er, er belyst i § 70 (p. 347—8).

§§ 83—84.

PARTS UDTALELSER OM MODPARTS ANGREBS- OG FORSVARSMIDLER. SÆRLIG OM INDSIGELSER OG BENEGTELSER[1].

Naar en part overensstemmende med de i foregaaende paragraf fremstillede regler har givet sine forsvars- eller angrebsmidler den fornødne faktiske begrundelse, har modparten at tage stilling til dem.

a) Han kan anerkjende dem. Denne anerkjendelse kan enten omfatte selve det af modparten reiste retskrav eller blot de til støtte for dette anførte kjendsgjerninger. En anerkjendelse af førstnævnte art skaber et selvstændigt grundlag for søgsmaalet; og selv om retskravet ikke

[1] Ørsted Eunomia III p. 492; Schweigaard p. 306 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 80 ff.; Deuntzer Civilproces p. 163 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 1972—1991.

tidligere har været begrundet, vil efter det i § 58 udviklede paa grundlag af anerkjendelsen dom blive givet overensstemmende med sagsøgerens paastand uden nærmere prøvelse af denne. Forudsætningen herfor er imidlertid selvfølgelig, at processens gjenstand er en saadan, at den er undergiven parternes frie forføining, og at vedkommende ogsaa har fornøden subjektiv bemyndigelse hertil. I sidstnævnte henseende gjenkaldes i erindringen det foran p. 275—6 bemærkede om, at procesfuldmagt antages at indeholde bemyndigelse til paa partens vegne at afgive bindende erkjendelseserklæringer.

Om de erkjendelser, der angaar kjendsgjerninger, vil blive talt i læren om bevis (se § 103).

b) Parten kan paaberaabe sig kjendsgjerninger, der enten α) som uforenelige med de af modparten anførte maa medføre, at disse ikke er sande (f. ex. et *alibi*) eller β) ikke i og for sig udelukker rigtigheden af de af modparten paaberaabte kjendsgjerninger, men som bevirker, at disse i det givne tilfælde taber sin evne til at begrunde den derpaa byggede paastand. En anførsel af den under α) omhandlede art falder i virkeligheden sammen med en benegtelse (jfr. herom under c), medens de under β) nævnte tilfælde udgjør de, hvor man i den moderne proces kan tale om en reel indsigelse[2] (i videre forstand, omfattende saavel sagvolderens *exceptio* som sagsøgerens *replicatio*).

Indsigelserne kan grundes paa saadanne omstændig-

[2] For de under α) nævnte tilfælde foreslaar Planck (Lehrbuch I p. 410) anvendt udtrykket uægte indsigelser. Om de formelle indsigelser, der grundes paa manglende procesforudsætninger, se foran § 67. Af læren om bevis vil fremgaa, at en egen klasse indsigelser kan angaa bevisførselen (bevisindsigelser). Disse kan grundes dels paa manglende procesforudsætninger for bevisførselens fremme og har forsaavidt karakteren af formelle indsigelser, dels kan de bygges paa omstændigheder ved det tilsigtede bevis, der gjør dette enten utilstedeligt eller værdiløst. — I den romerske ret betegnede *exceptio* et forsvarsmiddel, der maatte være indtaget i den af prætor udfærdigede formular for at kunne komme i betragtning; og begrebet havde saaledes der en særlig med formularprocessen og historiske eiendommeligheder ved det romerske aktionssystem sammenhængende betydning.

heder, der ophæver gyldigheden af det af sagsøgeren paaberaabte retsforhold (retshindrende indsigelser som f. ex. tvang, umyndighed, væsentlig vildfarelse) eller paa omstændigheder, der ophæver eller hæmmer dettes virkning (retsophævende og retshæmmende indsigelser). I sidste tilfælde kan de bero enten paa omstændigheder, der kun kan gjøres gjældende som indsigelser (som f. ex. betaling) eller grunde sig paa en selvstændig ret (retsforfølgende indsigelser som f. ex. kompensation, paaberaabelse af leieret ligeoverfor vindikation, et konkursbos omstødelsesret ligeoverfor krav, der gjøres gjældende mod boet).

I visse tilfælde medfører indsigelse kun en udsættelse, ikke en definitiv frifindelse (som f. ex. en indrømmet henstand med betaling af en forfalden gjæld); herpaa beror modsætningen mellem dilatoriske og peremtoriske indsigelser.

Som i § 70 paavist har begrebet indsigelse ikke den betydning, at en saadan i alle tilfælde kun kan tages i betragtning, naar de kjendsgjerninger, hvorpaa den støttes, er anført af vedkommende part selv. Dette gjælder kun de retsforfølgende indsigelser; i andre tilfælde vil ogsaa indsigelseskjendsgjerninger, der alene er anførte af modparten, kunne tages i betragtning af retten. Sin væsentligste praktiske betydning faar begrebet indsigelse i læren om bevisbyrden (se § 96), hvor det derfor ogsaa vil faa yderligere belysning.

c) Parten kan benegte de af modparten anførte kjendsgjerninger og paalægger derved, som senere skal paavises, den anden part nødvendigheden af at bevise sine anførsler. Gjør han ingen af delene, vil den fra den anden side givne faktiske fremstilling af retten lægges til grund ved sagens afgjørelse. Dette beror ikke derpaa, at parternes udtalelser, naar de ikke bestrides, besidder nogen bevisværdi, der paavirker dommerens overbevisning om deres sandhed. Heller ikke kan den anførte regel grundes paa nogen retspligt for parterne til at udtale sig[3]; ti efter

[3] Anderledes Ørsted og Nellemann l. c. Se ogsaa straffelovkommissionens Motiver til udk. til alm. borgerl. straffelov (1896) p. 244 jfr. p. 167—8.

det i § 67 udviklede lader en saadan pligt sig ikke konstruere. Sætningen er, som allerede berørt i § 70, begrundet i forhandlingsmaximen. Hver af parterne har paa den ene side adgang til at forelægge dommeren det processtof, de finder tjenligt for sig, og forlange dette lagt til grund for afgjørelsen. Men hver af parterne har paa den anden side ogsaa adgang til at bestride det af modparten anførte. Benyttes denne sidste adgang, bliver det anførte at bevise og at prøve af retten. Men benytter parten ikke sin adgang til at bestride det af modparten forelagte processtof, bliver dette som uomstridt ikke af retten undergivet nogen nærmere prøvelse[4].

Denne adgang, som saaledes hver af parterne har til at bestride modpartens faktiske begrundelse af hans angrebs- eller forsvarsmidler og derved fremkalde nødvendigheden af bevis, er imidlertid knyttet til visse forudsætninger i henseende til benegtelsens indhold. Den maa nemlig for at komme i betragtning være klar og utvetydig knyttet til bestemte fakta[5]. En almindelig benegtelse af «alt det af modparten anbragte» er ikke fyldestgjørende. Angaar sagen en gjældsfordring, er det ikke nok, at sagvolderen benegter «at skylde», idet man af en saadan udtalelse ikke kan se, hvad det er, sagvolderen benegter: om det er de af sagsøgeren paaberaabte kjendsgjerninger, de deraf udledede retslige følger eller det, at det paastaaede krav n u bestaar. Benegtelse af at erindre en kjendsgjerning vil ialmindelighed ikke være fyldestgjørende; endnu mindre en simpel opfordring til modparten om at bevise sin paastand (at benegte denne «som ubevist»). En saadan benegtelse vil alene kunne tages for god, hvor der er tale om kjendsgjerninger, som vedkommende ikke personlig kan have nogen kundskab om, og som han heller ikke har nogen adgang til at skaffe sig kundskab om hos sin hjemmelsmand eller den, der har handlet paa hans vegne.

[4] Jfr. iøvrigt mere om gjennemførelsen af denne betragtningsmaade nedenfor i § 89.

[5] Jfr. Retst. 1883 p. 406, 1887 p. 733 ff. (især p. 734, 736) og 906, 1890 p. 696, 1892 p. 588 jfr. p. 62—3, 1900 p. 150; Hambro Byretsdomme nr.ne 1977—9, 1981, 1985, 1988, 1989.

At sagførere benegter modpartens fremstilling, har ingen betydning, naar de ikke gjør det paa grundlag af mandantens udtalelse. Modparten maa kunne provocere vedkommende retsfuldmægtig til at indhente sin mandants udtalelse; og sker ikke dette, bliver retsfuldmægtigens benegtelse at sætte ud af betragtning.

Benegtelser maa for at faa virkning være fremsat saa snart som dertil er anledning; ti ogsaa paa dem finder eventualmaximen anvendelse. En for almindelig udtalt benegtelse vil ikke under processens senere gang med virkning kunne specialiseres[6].

Er det tilstrækkelig klart, til hvilke kjendsgjerninger en benegtelse knytter sig, skader det i og for sig ikke, at den er affattet i almindelige udtryk (f. ex. naar sagvolderen ligeoverfor et regningskrav fra en kjøbmand benegter nogensinde at have kjøbt varer hos ham)[7].

Under visse betingelser bliver en parts benegtelse af modpartens faktiske fremstilling at beedige, og benegtelsen faar da særlige virkninger. Herom vil blive talt nedenfor under fremstillingen af bevislæren.

Er benegtelsen løgnagtig, bliver den, som omtalt p. 332—3, at straffe efter str.l. § 166. Men den usandfærdige procedyre kan ogsaa faa processuelle følger dels ved procesomkostningernes idømmelse, idet den part, der har procederet *mala fide*, ubetinget maa erstatte modparten disse[8], dels derved, at den løgnagtige benegtelse vil kunne fremkalde et for vedkommende part ugunstigt indicium[9], ligesom han ogsaa ved saadan procedyre kan forskjertse en adgang, der ellers vilde have staaet ham aaben til at stedes til partsed[10].

[6] Jfr. Retst. 1883 p. 406, 1888 p. 598.

[7] Befindes imidlertid benegtelsen at have været for almindelig, vil deri kunne ligge et støttende bevisdatum for sagsøgeren, se Schweigaard I p. 306—7.

[8] Se Anden del p. 479.

[9] Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 1986. Jfr. note 7.

[10] Se nedenfor § 105.

§§ 85—86.

OM PARTERS ADGANG TIL AT GIVE AFKALD PAA ANGREBS- OG FORSVARSMIDLER SÆRLIG OM FRAFALDELSE AF SØGSMAALET.

I. I en bindende erkjendelse af den i forrige paragraf under a) omhandlede art ligger, hvor vedkommende er sig bevidst, at det erkjendte ikke stemmer med sandheden, en frafaldelse af et forsvarsmiddel: adgangen til at bestride modpartens anførsler. Frafaldelse af forsvarsmidler kan ved siden deraf ligesom frafaldelse af angrebsmidler fremtræde ogsaa i den skikkelse, at en part opgiver (erklærer ikke længer at ville fastholde) tidligere fremsatte faktiske anførsler. En saadan erklæring er bindende for parten selv, der ikke vil have adgang til senere under sagen atter at fremkomme med de opgivne paastande. Den vil endvidere være bindende for retten, der ikke vil have adgang til at bygge sin dom paa saadanne tilbagekaldte anførsler. Hvad modparten angaar, vil han enten ved ogsaa selv at paaberaabe sig en af den anden part fremsat anførsel have gjort denne til sin; og isaafald kan han naturligvis fastholde den, selv om den fra den anden side opgives. Eller han har ikke paaberaabt sig den; og da vil han alene kunne gjøre den gjældende som sin, hvor ikke eventualmaximen derfor er til hinder.

Hvad her er sagt om frafaldelse af faktiske anførsler, gjælder ogsaa om frafaldelse af bevismidler. Ogsaa en saadan binder saavel vedkommende part som retten, der ikke ved dommen kan tage hensyn til frafaldt bevis[1]. Da eventualmaximen, som før fremhævet, ikke ubetinget gjælder bevismidlerne, vil derimod modparten kunne optage og paaberaabe sig et bevismiddel, som den anden part har ladet falde.

II. Ligesom sagsøgeren kan give afkald paa et enkelt angrebsmiddel, saaledes kan han ogsaa helt frafalde selve det retskrav, der er processens gjen-

[1] Anderledes efter procesordninger, hvor forhandlingsmaximen ikke med samme strenghed er gjennemført, se Planck Lehrbuch I p. 298.

stand, forsaavidt dette overhovedet er undergivet fri forføining. En renunciation af denne art bliver i det hele at bedømme efter civilretslige grundsætninger.

Forskjellig fra en frafaldelse af det omprocederede retskrav er frafaldelse af søgsmaalet. Heri ligger kun, at sagsøgeren giver afkald paa at faa dom i den engang anlagte sag, idet derved i og for sig ikke afskjæres adgangen til senere at anlægge ny sag om samme gjenstand. En saadan frafaldelse er bindende for sagsøgeren selv, der ikke senere kan tilbagekalde den. Den er ogsaa bindende for retten, der ikke mod parternes vilje kan paadømme sagen. Det udtryk, som retten under vor forudsætning giver for, at dens befatning med sagen er ophørt, er, at denne hæves[2].

Tvivlsommere er det, om frafaldelse af søgsmaalet ogsaa er bindende for indstevnte, eller om denne kan kræve, at den engang anlagte sag finder sin endelige afgjørelse. I retsbrugen har man tildels været tilbøielig til at besvare dette spørgsmaal benegtende[3]. Imidlertid synes der at være grund til at sondre: Saalænge sagvolderen endnu ikke er indtraadt i forhandlingen, men det alene er sagsøgeren, som har havt ordet, maa denne kunne frafalde søgsmaalet med bindende virkning for sagvolderen. Denne sidste kan nemlig i intet tilfælde tvinge sagsøgeren til at anhængiggjøre en forkyndt stevning eller deducere et anhængiggjort søgsmaal, hvilket viser, at sagsøgerens ensidige processkridt ikke i og for sig giver sagvolderen nogen ret til at se dom. Dennes interesser er her tilstrækkelig varetagne ved hans ret til at kræve sine procesomkostninger erstattede. Fra det øieblik, sagvolderen selv er indtraadt i forhandlingen, synes han derimod naturlig at have et krav paa, at sagen gaar sin gang, og at han ikke skal udsættes for under en ny sag at maatte

[2] Jfr. mere herom nedenfor i § 92.

[3] Jfr. de i Retst. 1876 p. 96 og 1878 p. 722 meddelte domme af Kristiania byret; Hambro Byretsdomme nr.ne 2069—2072, 2074, 2075; jfr. derimod nr. 2073. I denne retning gaar ogsaa den danske teori og praxis, se Bang og Larsen II p. 412; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 836—7; Deuntzer Civilproces p. 199.

gjenoptage sin procedyre; han kunde ellers forulempes ved en række paabegyndte, men atter indstillede søgsmaal[4]. Det tidspunkt, ved hvilket sagvolderen erhverver denne ret, skulde, strengt taget, være det, da han fra sin side har undergivet sagen dom; men faktisk vil der for sagvolderen allerede ved en ham indrømmet udsættelse være begrundet en adgang til at hindre sagens hævelse; ti ved udsættelsestiden har han ordet først og kan da ved at tage til gjenmæle bringe sagen i den stilling, at den ikke ensidig kan hæves. I, hvad der her er antaget, gjøres der ingen forandring derved, at sagsøgeren i og med at frafalde søgsmaalet ogsaa frafalder det omprocederede retskrav. Ti ogsaa i dette tilfælde har sagvolderen en iøinespringende interesse af at faa en endelig dom, som her vil have at fastslaa hans frifindelse for det oprindelig reiste krav.

Iøvrigt maa det bemærkes, at, selv om man antager den lære, at sagsøgeren paa ethvert punkt af processen kan frafalde denne, ligger deri ikke, at han ogsaa kan fri sig for virkningerne af de processkridt, han allerede har foretaget. Gjenoptager han senere søgsmaal om samme sag, vil hans stilling under dette blive den samme, som om han umiddelbart havde fortsat det tidligere søgsmaal (alle erkjendelser bliver bindende, forsømte anførsler er vedblivende forspildte, o. s. v.).

[4] Saaledes ogsaa Schweigaard I p. 334; Deuntzer l. c. Det samme gjælder ogsaa efter fremmede proceslovgivninger, se den tyske civilproceslov § 271; den østerrigske § 237; jfr. om den ældre tyske proces og om fransk ret Kleinschrod Klageänderung p. 71 og 109. Udk. til r. l. kap. VIII § 10 udelukker derimod sagsøgerens adgang til ensidig at frafalde søgsmaalet, uden samtidig opgivelse af kravet, allerede fra det øieblik, stevningen er sagsøgte meddelt.

ANDET KAPITEL

DE ENKELTE TRIN I PARTSFORHANDLINGEN

§ 87.

PROCESSENS INDLEDNING FRA SAGSØGERENS SIDE.

I. Det første skridt, hvorved sagsøgeren indleder den egentlige rettergang, er regelmæssig stevning til modparten.[1] I de tilfælde af den extraordinære proces, hvor indkaldelse til retten udfærdiges af dommeren, træder klage til retten i stevningens sted som procesindledende partshandling. Om disse tilfælde vil blive talt i et senere afsnit. Her vil alene blive omhandlet det ordinære tilfælde, at sagen indledes med en af sagsøgeren udfærdiget[2] stevning.

Om dennes form bestemmer l. 4 juni 1892 § 3, at den skal være skriftlig, og afskaffer det efter den ældre lovgivning tilstedelige, i retsbrugen dog saagodtsom ukjendte mundtlige stevnemaal.

Om stevningens indhold findes reglerne i N. L. 1—4—5, der først og fremst bestemmer, at den skal angive «sagen, hvorfor man stevnes». Herved maa forstaaes en saa tydelig betegnelse af processens gjenstand, at ind-

[1] Jfr. Schweigaard I § 57; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 7 ff.; Deuntzer Civilproces p. 140 ff.

[2] Jfr. foran p. 342.

stevnte deraf kan se, hvilket retskrav processen angaar.[3] Fordringerne er altsaa i saa henseende de samme for stevningens indhold som for forligsklagens.[4] Grunden til, at dette krav opstilles, er dels, at indstevnte paa forhaand skal blive bekjendt med, hvad søgsmaalet gjælder, og derved sættes istand til at forberede sit forsvar, hvorfor han, ogsaa hvor han møder, kan paastaa stevnemaalet afvist, saafremt det ikke opfylder det heromhandlede krav til dets indhold. Dels er lovgrunden at søge i hensynet til, at der i tilfælde af indstevntes udeblivelse skal kunne paasees, at det, der ved saggivelsen fremstilles som sagens gjenstand, er identisk med det ved stevningen tilsigtede, saa at der ikke er nogen mulighed for sagsøgeren af at benytte sig af indstevntes udeblivelse til at underskyde søgsmaalet et nyt grundlag.[5] Det kan derimod ikke kræves, at sagsøgeren allerede paa dette stadium skal levere en fuldstændig søgsmaalsbegrundelse; og indstevnte tør saaledes aldrig udeblive i tillid til, at de i stevningen anførte omstændigheder ikke er tilstrækkelige til at begrunde søgsmaalet, naar han blot tydelig kan se, hvilket retsfor-

[3] Det er saaledes lidet betegnende, naar den ældre doktrin bestemte den heromhandlede fordring til stevningens indhold derhen, at den skal angive *genus causae*, idet det netop ikke er det generiske, men det individuelle ved sagen, hvorpaa det kommer an.

[4] Jfr. foran § 21. Det har i retsbrugen været almindeligt at betegne «sagen» i stevningen ved en henvisning til forligsklagen, som man vedheftede stevningen («Under henvisning til vedheftede forligsklage og under gjentagelse af sammes indhold stevner jeg» o. s. v.). Denne form bør neppe benyttes nu, da l. 4 juni 1892 § 6 kræver, at en bekræftet gjenpart af stevningen skal overgives den, for hvem den forkyndes; og benyttes den, maa gjenparten omfatte ikke blot stevningen, men ogsaa forligsklagen. Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr.ne 1953, 1954 og 1955, hvor stevningens mangler i henseende til sagens betegnelse ansaaes afhjulpne ved det fuldstændigere indhold af forligsklagen, uagtet denne ikke var vedheftet stevningen; men disse afgjørelser er ældre end l. 1892.

[5] Hvor f. ex. sagsøgeren paastaar, at indstevnte skylder ham 1000, vilde han, hvis han i stevningen ikke behøvede at individualisere kravet, kunne benytte sig af indstevntes udeblivelse til ved saggivelsen at give kravet ud for boggjæld, for saa i et nyt søgsmaal at bygge det paa et af indstevnte udstedt gjældsbrev; jfr. Schweigaard I p. 223.

hold der sigtes til.[6] Selve paastanden (*petitum*) behøver ikke at angives allerede i stevningen.

Foruden «sagen» skal stevningen indeholde angivelse af domstolen, for hvilken der stevnes, samt tid og sted for dens holdelse («en vis dag og et vist ting, hvortil man stevner, og ikke til flere paa en gang» N. L. 1—4—5).[7] Det siger sig selv, skjønt uomtalt i N. L. 1—4—5, at parterne maa angives i stevningen. Sædvanlig pleier man ogsaa i denne at opregne de enkelte rettergangsskridt, hvortil der stevnes (der stevnes til at «se breve og bevisligheder irettelagte, paahøre vidneprov, fornemme procedyre og paastand»). Men ved stevning til selve søgsmaalet er dette ufornødent. Det er nok, at man har angivet, at der stevnes til søgsmaalets fremme, idet dette omfatter ethvert dertil sigtende rettergangsskridt; og lyder stevningen herpaa, er en tilføiet angivelse af enkelte rettergangsskridt ikke bindende som begrænsning.

II. Som i § 67 berørt, bringer den udenretslige stevning ikke i og for sig sagen og parterne i noget forhold til domstolen. Et saadant begrundes ved stevningens anhængiggjørelse for retten (inkamination).[8] Denne akt bestaar efter N. L. 1—4—4 deri, at sagsøgeren paa den i stevningen angivne retsdag møder i retten og for denne fremlægger stevningen, som derefter skal «læses og paaskrives» (d. e. forsynes med bevidnelse om dens frem-

[6] Se foruden de ved paragrafens begyndelse citerede forfattere B. Getz's Prøveforelæsning om adgangen til at forandre sagens oprindelige gjenstand under civil rettergang p. 19—21. Se ogsaa Morgenstierne i Tidsskr. for retsvidenskab 1890 p. 146 ff. — Retsbrugen har i det hele taget været altfor tilbøielig til at eftergive fordringerne til en individualiseret betegnelse af sagen i stevningen; jfr. til belysning den i Retst. 1890 p. 559 meddelte byretsdom. Se ogsaa Hambro Byretsdomme nr.ne 1950, 1952, 1958, 1959, 1960 og 1961. Det er imidlertid og har altid i teorien været erkjendt som ganske utvivlsomt, at dette er et misbrug, der bør søges hæmmet.

[7] Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 1948 og 1957.

[8] Schweigaard I § 67: Nellemann l. c. § 20; Deuntzer l. c. p. 155—6.

læggelse i retten).[9] Læsningen pleier i retsbrugen at undlades.

Naar sagen er anhængiggjort, indføres den i rettens sagliste med sit bestemte numer.

III. Da stevningen efter det foran forklarede hverken behøver at indeholde nogen paastand eller nogen fuldstændig søgsmaalsbegrundelse, er dens anhængiggjørelse ikke i og for sig tilstrækkelig til at fremkalde en afgjørelse fra rettens side af sagens realitet. Hertil udkræves yderligere den saakaldte deduktion eller saggivelse (se overskriften til 2det kap. af frdn. 3 juni 1796).[10] Denne bestaar efter den anførte forordnings § 5 deri, at sagvolderen fremkommer med sin «irettesættelse og endelige paastand.» Den omfatter saaledes tvende sider af sagen: a) «irettesættelsen», hvorved forstaaes den faktiske begrundelse af søgsmaalet; b) nedlæggelsen af sagsøgerens endelige paastand, d. e. angivelse af det, som han ved dommen vil opnaa ligeoverfor indstevnte (angivelse af det beløb eller den ting, den handling eller undladelse, som kræves).

Hvad begrundelsen af søgsmaalet i selve saggivelsen angaar, er det nok, at den har den fuldstændighed, som udkræves til at individualisere søgsmaalet (jfr. nedenfor under IV). Udebliver indstevnte, vil nemlig dommeren, som nedenfor i § 89 vil blive nærmere paavist, alene paase, at søgsmaalet tilfredsstiller fordringerne i denne retning. Og møder indstevnte, vil det bero paa ham, om han vil provocere sagsøgeren til en nærmere begrundelse. Hertil vil da sagsøgeren have anledning efter, hvad der foran p. 391—2 er udviklet om den maade, hvorpaa eventualmaximen bliver at haandhæve.

Om saggivelsen gjælder forøvrigt følgende regler:[11]

1) Den skal efter frdn. 1796 § 5 regelmæssig ske i

[9] Det sidste er iøvrigt intet særeget for stevningen, men maa iagttages med alle i retten fremlagte dokumenter; jfr. foran p. 213.

[10] Jfr. Schweigaard I § 67; Nellemann §§ 21 og 22; Deuntzer l. c. p. 156 ff.

[11] Jfr. forøvrigt med det følgende det i § 89, II udviklede.

umiddelbar forbindelse med anhængiggjørelsen («første rettens dag, sagen efter stevningen bliver foretaget»). Han kan ikke forbeholde sig senere under sagens gang at fremkomme med begrundelse eller paastand; og han kan regelmæssig heller ikke faa udsættelse til en senere retsdag for at fremkomme med saggivelsen (se frdn. 1796 § 6). En undtagelse skal efter dette lovsted dog gjælde, hvor sagsøgeren beviser, at han «fører vidner angaaende det, som er gjenstand for den omhandlede tvistighed», saaledes f. ex. hvor sagsøgeren i en erstatningssag ikke ser sig istand til at nedlægge endelig paastand, før han ved vidneførsel har faaet skadens omfang bragt paa det rene.[12] Med det tilfælde, at sagsøgeren vil føre vidner, bør det utvivlsomt ligestilles, at han iøvrigt søger oplysninger, der er fornødne for saggivelsen (f. ex. maa erhverve afskrift af retsdokumenter o. lign.).

2) Hvad saggivelsens form angaar, er det allerede i § 74 omhandlet, at den efter frdn. 1796 § 15 regelmæssig skal ske ved fremlæggelsen af indlæg («deduktionsindlæg»). Indeholder imidlertid allerede stevningen den fornødne begrundelse og formulering af paastanden, antages der intet at være til hinder for, at saggivelsen sker ved en kort protokoltilførsel, hvori der henvises til disse dokumenter;[13] og saggivelsen træder isaafald lidet frem som en særegen, fra anhængiggjørelsen forskjellig akt.

IV. De i de foregaaende numere gjennemgaaede processkridt er samtlige procesforudsætninger; og mangler ved dem leder til sagens afvisning. I denne henseende indtager dog ikke de enkelte skridt ganske samme stilling.

Da nødvendigheden af en stevning helt bortfalder, naar sagvolderen møder uden at gjøre indsigelse, er det saameget klarere, at retten ikke *ex officio* har at tage hensyn til mangler ved stevnemaalet.

For saggivelsens vedkommende er derimod forholdet forsaavidt anderledes, som nødvendigheden af dette skridt

[12] Jfr. iøvrigt Deuntzer l. c. p. 157—8.

[13] «N. N. mødte og fremlagde forligsklage og stevning og indlod sagen under henvisning til disse dokumenter.»

ikke udelukkende er dikteret af hensyn til indstevnte, men ogsaa tilsigter at give retten oplysning om, hvad sagen gjælder, og hvad det saaledes er, som der kræves dens afgjørelse af. Lider saggivelsen af mangler, der gjør det umuligt for retten i denne henseende at danne sig en tilstrækkelig klar forestilling, maa sagen afvises.[14]

Hvad anhængiggjørelsen angaar, faar retten uden denne overhovedet ingen befatning med sagen, medmindre indstevnte udtrykkelig møder, beviser stevnemaalet — hvad han nu efter de i l. 4 juni 1892 § 6 givne regler med lethed vil kunne gjøre —, og paastaar afvisning, hvad han vil have foranledning til at gjøre i hensynet til den ret, som frdn. 3 juni 1796 giver ham til samtidig med afvisningen at faa sig tilkjendt «kost og tæring».[15]

Af det her bemærkede vil fremgaa, hvad virkningen er af sagsøgerens udeblivelse første rettens dag: Sagen kommer overhovedet ikke under paakjendelse i realiteten. I og for sig var ogsaa en anden ordning legislativt mulig: Det kan med styrkegjøres gjældende, at sagsøgeren ligesaalidt som indstevnte (jfr. nedenfor § 89) ved sin udeblivelse bør kunne hindre, at sagen gaar til realitetsafgjørelse; og principet for denne kan enten være, at indstævnte ubetinget kan kræve frifindelse,[16] eller at dommen i større eller mindre udstrækning bygges paa den faktiske fremstilling, som den mødende part har givet, og at den udeblivende saaledes faar tage følgen af, at nogen side ved sagsforholdet, som han havde havt det i sin magt at belyse anderledes, men som ikke fremgaar af akterne, ikke

[14] Jfr. frdn. 3 juni 1796 § 5, 2det p.; Nellemann l. c. p. 95—6; se ogsaa nedenfor § 89, note 20.

[15] Frdn. 1796 § 5 taler vistnok nærmest om det tilfælde, at sagsøgeren undlader saggivelsen; men at indstevnte har den samme ret til i forbindelse med afvisningen at faa spørgsmaalet om kost og tæring paakjendt, naar selve anhængiggjørelsen undlades, og at han ikke behøver at anlægge særskilt sag til indtale af nævnte erstatning (Høyer Jur. collegium p. 140), er nu udenfor tvivl; jfr. Nellemann l. c. p. 188; Deuntzer l. c. p. 186—7.

[16] Saaledes den tyske civilproceslov § 330.

bliver taget i betragtning.[17] Dette sidste standpunkt indtager udkastet til lov om rettergangen i tvistemaal.[18]

Har sagvolderen anlagt modsøgsmaal, faar sagsøgerens udeblivelse i forhold til dette samme virkning som indstevntes udeblivelse (§ 89).

§ 88.

VIRKNINGERNE AF DE INDLEDENDE PROCESSKRIDT.

De indledende processkridt medfører saavel civilretslige som procesretslige virkninger. De første vil fremgaa af det i § 65 udviklede, men skal kortelig nævnes her for oversigtens skyld.

I. Til stevningens forkyndelse knytter sig:

a) i civilretslig henseende:

1) De i § 64 omhandlede virkninger, som processen øver paa det retsforhold, der er dens gjenstand, forsaavidt disse ikke allerede er indtraadte ved forligsklagen.

2) Pligten til *litis denunciatio*, hvor en saadan er tilstede (jfr. foran § 50).

b) i processuel henseende:

1) Indstevnte er draget ind i procesretsforholdet med de virkninger deraf, som dels allerede er berørte foran i § 67, dels nærmere vil blive udviklede i § 89. Her skal alene bemærkes, at den ret, som indstevnte efter frdn. 3 juni 1796 § 5 har til i tilfælde af sagsøgerens undladelse af stevningens forfølgning at kræve «kost og tæring», bortfalder ved, at sagsøgeren betimelig paa forhaand underretter indstevnte om, at sagen ikke vil blive anhængiggjort.[2]

[17] Saaledes den østerrigske civilproceslov § 396 jfr. § 399.

[18] Se dettes kap. XXIII § 6 jfr. § 1; jfr. Getz Udredninger etc. p. 154.

[1] Jfr. foran p. 325.

[2] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 189—90. Jfr. dog Deuntzer Civilproces p. 187—8, der kræver, at selve den originale stevning skal være tilbageleveret med paategning om tilbagekaldelsen.

2) Processuel præskription (jfr. forl.l. 1824 § 38) afbrydes.

II. Til anhængiggjørelsen knytter sig følgende virkninger:

1) Retten indtræder i procesretsforholdet. Derved begrundes for den pligten til at behandle og afgjøre sagen. I forbindelse med denne side af anhængiggjørelsens virkning staar det ogsaa, at, naar rettens først engang saglige og stedlige kompetens er begrundet ved anhængiggjørelsen, berøres den ikke ved en senere forandring af de omstændigheder, hvoraf kompetensen afhænger (se § 29).

2) Samme sag kan ikke samtidig undergives behandling ved en anden domstol.[3]

3) I forhold til sagsøgeren medfører anhængiggjørelsen, at han taber adgangen til ensidig at forandre søgsmaalets gjenstand.[4] Saalænge stevningen ikke er anhængiggjort, har han adgang til at lade det paastevnte søgsmaal falde ved ikke at anhængiggjøre det og istedet udtage ny stevning. Hvis varselsfristen tillader det, kan han udvide den i stevningen angivne søgsmaalsgjenstand ved at udtage ny stevning, der falder i rette samtidig med den første.[5] Stevningen er saaledes aldrig i og for sig bindende med hensyn til søgsmaalsgjenstanden.

III. Saggivelsens betydning bestaar, som det fremgaar af foregaaende paragraf, væsentlig deri, at det, hvor ikke allerede stevningen indeholder det fornødne, er den, som begrunder muligheden af sagens paakjendelse i realiteten. Derhos knytter der sig til denne procesakt den af eventualmaximen flydende virkning, at de søgsmaalsgrunde saavelsom de paastande, der ikke er medtagne i saggivelsen, regelmæssig senere overhovedet ikke med nytte kan fremføres.

[3] Jfr. foran § 64, særlig p. 321.

[4] Jfr. foran § 63.

[5] Jfr. Getz's Prøveforelæsning om adgangen til at forandre sagens oprindelige gjenstand p. 20—1.

§ 89.

INDSTEVNTES FORHOLD TIL SØGSMAALET. a) UDEBLIVELSE.[1]

I. Der er retssystemer, som har gjort processens fremme afhængig af indstevntes medvirkning. Dette var saaledes tilfældet med den romerske ret. Processen var efter denne nødvendigvis tosidig, hvilket fik sit udtryk i den akt, hvorved forhandlingen *in jure* afsluttedes, den saakaldte *litis contestatio*, en af begge parter foretagen fastslaaen af retstvistens gjenstand gjennem en opfordring til de tilstedeværende om at bevidne det for prætor passerede.[2] Det er imidlertid selvsagt, at sagvolderen ikke ved at udeblive kunde unddrage sig enhver retsforfølgning og forspilde sagsøgerens krav paa retshaandhævelse. Sagvolderen maatte have en ligefrem pligt til at møde, og sagsøgeren maatte have midler i sin haand til at fremtvinge denne pligts opfyldelse. Saadanne gaves ham da ogsaa af den romerske ret.[3] Regelen om processens tosidighed var iøvrigt — ialfald i den senere romerske ret — ikke undtagelsesfri, idet i visse tilfælde en ensidig forfølgning kunde finde sted.[4]

Kravet til indstevntes medvirkning tilspidsedes end yderligere i den romerske proces's udløbere, den italienske og kanoniske proces, og først omkring aar 1300 ophørte i den sidstnævnte indstevntes møde og aktive deltagelse i processen at være betingelse for, at der kunde afsiges dom i sagen.[5]

[1] Se Ørsted Eunomia III p. 526 ff. jfr. samme i Juridisk tidsskrift II, 1 p. 244 ff. og 2 p. 54 ff.; Schweigaard I § 73; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 45; Deuntzer Civilproces p. 188 ff.; B. Morgenstierne i Tidsskr. for retsvidenskab III (1890) p. 129 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 2019 ff. Af den righoldige fremmede litteratur fremhæves særlig: Bülow i Arch. f. civ. Praxis bd. 62 p. 11 ff. og Wach Præclusion und Contumaz (ogsaa i Grünhuts Zeitschr. f. Privat- und öff. Recht bd. VII). Se ogsaa Schmidt Lehrbuch § 77 og det der anførte.

[2] Jfr. Sohms Institutionen § 34.

[3] Se Keller Der römische Civilprozess § 46.

[4] Se fr. 73 pr. D. 5. 1.

[5] Ved en pavelig dekretal af 1306, den saakaldte *Clementina sæpe*. Se Wetzell System des ordentl. Civilprozesses § 49.

For den germaniske ret har den tanke, at rettergang ikke skulde kunne fremmes uden indstevntes medvirkning, været fremmed.[6] Vistnok har ogsaa i denne opfatningen været, at der paahvilede indstevnte en mødepligt, hvis tilsidesættelse kunde medføre strafansvar. Undlod imidlertid indstevnte at møde, var ikke virkningen den, at rettergangen hindredes, men den, at han tabte sagen, og dom gaves overensstemmende med sagsøgerens paastand.

I den moderne civilproces er overalt processens ensidighed anerkjendt: retsforfølgningen er uafhængig af indstevntes møde.[7] Man har da i konsekvens heraf opgivet de i ældre retsforfatninger forekommende bestræbelser for ved straffemulkter at fremtvinge indstevntes møde. Det kan ikke længer i nutiden med sandhed siges, at der paahviler indstevnte nogen retspligt til at møde og tage til gjenmæle i søgsmaalet. Vistnok finder man i endnu gjældende love (se saaledes N. L. 1—4—32) udtryk, der indeholder gjenklang af den ældre opfatning; men de følger, der nu knyttes til udeblivelsen, er ikke saadanne, at der i dem kan sees nogen tvang til opfyldelsen af en pligt.[8]

Hvad nu disse følger angaar, staar de naturligt i forbindelse med dommerens stilling til processtoffet. Naar begge parter har udtalt sig, vil det omstridte omraade derigjennem have faaet sin afgrænsning. Men naar der fra den ene af parterne aldeles ingen udtalelse foreligger, opstaar for dommeren spørgsmaalet om, hvorvidt alt eller intet eller kun en del af det ham til afgjørelse forelagte

[6] Jfr. om den tyske ret Planck Gerichtsverfahren im Mittelalter I §§ 10—12, 47, 50, II § 140 ff.; sammes Lehrbuch I p. 282—4; Schmidt Lehrbuch p. 62, 70, 71, 75, 80, 388. — Om nordisk ret se Brandt Retshistorie II § 81; Stemann Den danske retshistorie § 51; Matzen Forelæsn. over den danske retshistorie: Proces § 10; Sjögren i Tidsskrift f. retsv. 1898 p. 36 ff. (især p. 39—40).

[7] Anderledes i straffeprocessen, hvor forfølgningen regelmæssig er afhængig af tiltaltes tilstedeværelse, men hvor dog ikke nogen pligt til at udtale sig paahviler ham; jfr. Forelæsninger over Straffeproces p. 232—5, 541—2.

[8] Se foran p. 323 med note 4.

stof skal betragtes som omstridt. Der kan her tænkes følgende forskjellige opfatninger, angivne i sine hovedtræk:

1) Dommeren har at betragte det hele processtof som omstridt og af sagsøgeren at kræve bevis i samme udstrækning, som om indstevnte udtrykkelig havde benegtet saavel søgsmaalets faktiske grundlag som det derpaa støttede krav.

2) Dommeren har at betragte det hele processtof — saavel det ved søgsmaalet reiste retskrav som dets faktiske grundlag — som uomstridt.

3) Som en mellemvei mellem begge disse standpunkter: Dommeren har at betragte det af sagsøgeren forelagte faktiske grundlag for søgsmaalet som uomstridt, men har at prøve, om det derpaa byggede retskrav er begrundet [9]

Naar der skal træffes et valg mellem disse tre standpunkter, maa man ikke — som særlig den ældre teori [10] gjorde — søge veiledning i hensynet til indstevntes formodede vilje: hvad han ved sin udeblivelse kan antages at have villet give udtryk for (benegtelse eller indrømmelse). Netop fordi retsforfølgningen i den moderne procesret er uafhængig af indstevntes vilje til at medvirke, er det ganske uden betydning, hvad han ved sin udeblivelse tilsigter; og de til udeblivelsen af loven knyttede virkninger maa derfor indtræde uden hensyn til et af indstevnte taget forbehold om, at disse ikke af ham har været tilsigtede. Men er saaledes indstevntes subjektive vilje ganske betydningsløs, er der heller intet vundet ved at bestemme udeblivelsens virkninger gjennem en fiktion

[9] Den tyske civilproceslovs § 331 har indtaget det under 3) angivne standpunkt («sagsøgerens faktiske anførsler ansees som indrømmede») Ligeledes den østerrigske § 396 og det norske udk. til r. l. kap. XXIII § 6. Den engelske procesret giver (i lighed med den ældre germaniske ret) sagsøgeren ret til at faa dom for paastanden, naar stevningen lyder paa et bestemt beløb eller bestemt ting og indstevnte udebliver; se *rules of the supreme court, order* XIII § 3 ff.

[10] Ogsaa tildels hos Morgenstierne l. c. p. 147, 149 m. fl., skjønt p. 143 det rigtige synspunkt er fremhævet.

med hensyn til indstevntes mening (fingeret tilstaaelse).[11] Herved dækker man sig kun den rette erkjendelse uden at opnaa nogen virkelig begrundelse eller forklaring af udeblivelsens virkninger.

Disse kan alene udledes af, hvad selve retsforfølgningens tarv — under en alsidig veien af alle berettigede hensyn til begge parter — kræver. Her vil nu selve det grundlag, hvorpaa processens organisation hviler, gjøre sig gjældende. Er rettergangen bygget paa inkvisitionsprincipet, vil det være naturligt, selv naar indstevnte udebliver, at anvise dommeren en vis undersøgelse af det begrundede ogsaa i sagsøgerens faktiske anførsler, hvorunder han da vil tillægge indstevntes udeblivelse den vægt, den som rent bevisdatum mod indstevnte naturlig fortjener.[12] Med forhandlingsmaximen er ikke en saadan stilling for dommeren vel forenelig; og i en rettergang, der er bygget paa denne grundsætning, vilde antagelsen af det under 1) angivne standpunkt udsætte retshaandhævelsen for stor fare, idet indstevnte ved at udeblive kunde opnaa det samme som ellers ved en endog med strafferetsligt ansvar[13] forbunden benegtelse. Med forhandlingsmaximen som udgangspunkt maa man komme til den allerede i §§ 83 84 angivne betragtning, hvorefter dommeren alene har at underkaste den del af parternes faktiske anførsler, der er bestridt, nogen prøvelse, men, uafhængig af partspaastanden, bedømmer, hvorvidt de paaberaabte kjendsgjerninger leder til det reiste krav.

[11] Saaledes som navnlig Wach gjør i den i note 1 citerede afhandling.

[12] Jfr. saaledes den fremgangsmaade, der anordnes i frdn. 29 mai 1750 § 3 i sager angaaende skilsmisse *propter desertionem*. Tilsyneladende er dette ogsaa det standpunkt, der ialmindelighed indtages af den franske *code de procedure civile* art. 150: Dommeren skal tage sagsøgerens *conclusions* tilfølge *«si elles se trouvent justes et bien vérifiées»*. I praxis foretages dog i almindelighed ikke nogen saadan undersøgelse, se Boitard *Leçons de procedure civile* I § 313. Det maa ogsaa bemærkes, at efter *code de procedure civile* art. 324 har hver af parterne ret til at opfordre modparten til personligt møde for retten for at afgive forklaring om bestemte kjendsgjerninger; og undladelsen af at efterfølge denne opfordring bevirker, at kjendsgjerningerne behandles som uomstridte.

[13] Jfr. str.l. § 166, foran p. 332—3.

II. Hvilket standpunkt vor lovgivning har villet indtage i det her omhandlede spørgsmaal, er i de hidhørende lovsteder (N. L. 1—4—32 og frdn. 3 juni 1796 § 4)[14] ikke ganske klart udtrykt. Det er dog neppe tvivlsomt og var ogsaa i hele forrige aarhundrede før Ørsted den i teorien herskende lære, at dommeren i tilfælde af indstevntes udeblivelse havde at betragte søgsmaalet og dets begrundelse som benegtet af indstevnte.[15] Lovstedernes udtryk tyder nærmest paa, at der skal kræves bevis, hvilket jo ikke vil være nødvendigt, hvor de paaberaabte kjendsgjerninger ansees ubestridte. Man maa derhos erindre, at lovbogens procesregler ikke hviler paa forhandlingsprincipet og er fælles for straffesager og civile sager. Den regel, at dommeren ikke uden videre skulde lægge sagsøgerens anførsler til grund, vilde kun slet passe i de førstnævnte sager. Af betydning er det endelig ogsaa, at samtidens fremmede procesdoktrin (særlig den tyske procesret) væsentlig saa udeblivelsens følger deri, at der gaves sagsøgeren adgang til ensidig at føre bevis.[16]

Efterat imidlertid straffe- og civilprocessen var sondret ud fra hinanden, og forhandlingsgrundsætningen var kommen til en følgerigtigere gjennemførelse i den sidste, trængte en forandret opfatning igjennem; og siden Ørsted er den ældre lære om udeblivelsens virkninger, der neppe nogensinde har havt sikkert fodfæste i retsbrugen,[17] forladt, og det kan nu betragtes som en sætning, der for-

[14] Se N. L. 1—4—32 («Dommeren skal dømme efter fremlagte breve og bevisligheder i sagen») jfr. frdn. 3 juni 1796 § 4 («Dommeren skal paakjende sagen efter de beviser, som sagsøgeren fremlægger; og den indstevnte maa da tilskrive sig selv det tab, som kunde flyde af hans forsømmelse i at gjøre sine indsigelser mod de fra sagsøgerens side irettelagte breve og bevisligheder»). Af kilderne til N. L. 1—4—32, der er at søge i danske love fra det 16de og 17de aarhundrede (se Sechers udgave af Chr. V. danske lov med kildehenvisninger, ad D. L. 1—4—30) er intet væsentligt bidrag at hente til artikelens fortolkning. Ogsaa disse bestemmelser lider af uklarhed, og retsbrugen synes at have været vaklende, se Stemann l. c. p. 253.

[15] Jfr. citaterne hos Nellemann l. c. p. 194.

[16] Se Wetzell System § 49, note 60; Schmidt Lehrbuch p. 388.

[17] Se Sylow Den materielle bevisteoris udvikling i den danske proces p. 104.

længst er fastslaaet i praxis,[18] og som ikke længer møder nogen modsigelse i teorien, at retten i tilfælde af indstevntes udeblivelse har at lægge sagsøgerens faktiske anførsler til grund, som om de var uomstridte. Denne sætning tiltrænger imidlertid en nærmere udvikling og begrænsning:

1) Det er det faktiske grundlag for søgsmaalet,[19] ikke det derpaa byggede retskrav, der af dommeren som uomstridt bliver at lægge til grund for dommen. At dommeren uden videre prøvelse skal tage paastanden tilfølge (den foran under I—2) gjengivne regel) flyder ikke af forhandlingsprincipet (se § 70—I, b—γ); og en saadan regel vilde komme i strid med de i § 82 fremstillede grundsætninger.

Dommeren har saaledes først og fremst at se hen til, at der findes en søgsmaalsbegrundelse, der fyldestgjør de foran p. 398 jfr. 410 opstillede fordringer. Lider saggivelsen i denne henseende af mangler (hvis den f. ex., som man ofte ser, kun lyder paa «skyldig gjæld» saa og saa meget), bliver sagen at afvise.[20]

Er søgsmaalsbegrundelsen ikke processuelt mangelfuld, men materielretsligt utilstrækkelig til enten overhovedet at begrunde noget krav eller til at begrunde hele den nedlagte paastand, bliver indstevnte helt eller delvis at frifinde. Det første gjælder saaledes, naar det paaberaabte søgsmaalsgrundlag ikke retslig er anerkjendt som saadant, saasom naar søgsmaalet er bygget paa laan til en umyndig eller paa en kontrakt, stridende mod lov eller ærbarhed. Delvis frifindelse vil være paa sin plads, naar f. ex. i en regnskabssag totalbeløbet af de enkelte poster ved en summeringsfeil er ansatte for høit, eller hvis det

[18] Hambro Byretsdomme nr. 2031 og det der anførte.

[19] Dog ogsaa dette kun, forsaavidt som det paaberaabte ikke er notorisk urigtigt (f. ex. hvor sagsøgeren har paaberaabt sig en naturbegivenhed, som alle ved, ikke har fundet sted); jfr. Morgenstierne l. c. p. 148-9; Kohler Gesammelte Beiträge zum Civilprozess p. 426.

[20] Jfr. foran p. 412; Retst. 1890 p. 559. Jfr. dog Retst. 1879 p. 360 (indstevnte frifunden for et søgsmaal, der grundedes paa en uakcepteret anvisning).

sees, at sagsøgeren har anseet sig berettiget til ifølge sædvane at beregne 7 pct. kontokurantrente i stedet for 6 eller til at beregne morarente lige fra regningens udfærdigelse, i hvilke tilfælde retten vil have at nedsætte domsbeløbet overensstemmende med, hvad en rigtig beregning eller rigtig lovanvendelse tilsiger.[21]

Hvorvidt retten til fordel for den udeblevne sagvolder kan tage hensyn til indsigelser, der kan udledes af de foreliggende akter, vil fremgaa af det i § 70, b—α) udviklede:[22] Det kommer an paa, om vedkommende kjendsgjerning, der begrunder indsigelsen, er anført af sagsøgeren i hans fremstilling af sagen. Er dette ikke skeet, vil retten ikke kunne tage hensyn til indsigelsen, selv om den mener, at den fremgaar af de af sagsøgeren fremlagte dokumenter.[23]

[21] Paa samme maade forholder det sig, hvis sagsøgeren i en erstatningssag har nedlagt en paastand, der aabenbart beror paa en urimelig høi vurdering af skade (jfr. Morgenstierne l. c. p 148—9; Kohler Gesammelte Beiträge zum Civilprozess p. 424 ff.). Se endvidere Hambro Byretsdomme nr. 2026 (uberettiget beregning af rentesrente), 2028, 2035, 2036, 2037, 2050, 2051, 2056—8.

[22] Se p. 348 med note 9.

[23] Anderledes den herskende lære; se Schweigaard I p. 331—2, Proceslovudkastet af 1868 kap. 11 § 40 bestemmer: «I udeblivelsestilfælde har dommeren til fordel for indstevnte at tage alle saadanne indsigelser i vedbørlig betragtning, som selve de irettelagte dokumenter viser at tilkomme ham, om end disse indsigelser, saafremt han havde mødt uden derpaa at beraabe sig, maatte ansees frafaldne.» Og denne regel angives i motiverne at stemme med praxis; jfr. udtalelserne under den i Retst. 1879 p. 393—5 meddelte sag, hvor imidlertid forholdet var, at underdommeren havde taget i betragtning indsigelser, som han blot havde formodning om at kunne udlede af det fremlagte; jfr. ogsaa Hambro Om forældelse af fordringer (1897) p. 93 note 1. Se derimod Morgenstierne l. c. p. 151—3. Jfr. udk. til r. l. kap. XXIII § 6: «Den af den mødende part givne sagsfremstilling lægges til grund for afgjørelsen, forsaavidt den er meddelt modparten og ikke strider mod vitterlige eller fuldt beviste kjendsgjerninger». — Det praktisk vanskelige spørgsmaal, der fremkaldes ved den i texten fremsatte lære, er, hvorvidt man kan anse de kjendsgjerninger, der fremgaar af de af sagsøgeren fremlagte dokumenter, som omfattede af hans sagsfremstilling, naar han i almindelige udtryk har henvist til dem. Af de i § 70, note 9 udviklede grunde maa dette spørgsmaal regelmæssig besvares benegtende.

Forsaavidt man for en videregaaende adgang for retten til at tage hensyn til ikke paaberaabte indsigelser har henvist til, at N. L. 1—4—32 (jfr. ogsaa frdn. 3 juni 1796 § 2) anviser retten at dømme efter fremlagte «breve og bevisligheder», bemærkes, at det ogsaa, naar begge parter møder, kan siges at være dommerens pligt at dømme «efter de fremlagte breve og bevisligheder», uden at man i dette tilfælde i vor proces vil anvise dommeren at tage i betragtning indsigelser, som ikke af nogen af parterne gjøres gjældende. Men forøvrigt maa ved anvendelsen af den anførte forskrift i lovbogen fastholdes dels det foran anførte om, at lovbogen sandsynligvis gik ud fra en anden grundopfatning med hensyn til virkningerne af indstevntes udeblivelse end den nu raadende. Med en rigtig erkjendelse af forhandlingsgrundsætningens væsen er det ligesaa uforeneligt, at dommeren procederer for en udeblivende, som at han gjør det for en mødende part.

2) Retten har at lægge sagsøgerens faktiske anførsler til grund for sin afgjørelse, selv om de ikke ledsages af nogensomhelst «bevisligheder», men erfremsat ganske nøgne; og det samme maa da saa meget mere gjælde, om de forelagte bevisligheder befindes ufyldestgjørende eller endog stridende mod det i saggivelsen anførte. Dette flyder af forhandlingsgrundsætningen, der, som i § 70, b, β paavist, medfører, at retten overhovedet ikke har at spørge efter bevis, naar en kjendsgjerning ikke er retslig bestridt.[24] Det er i denne henseende uden betydning, om det af de foreliggende dokumenter fremgaar, at indstevnte udenretslig har benegtet søgsmaalets grundlag. En saadan bestridelse, der ikke er fremkommen i retten selv, kan ikke gjøre sagsøgerens anførsler retslig omstridte, hvorpaa

[24] Se dog her den i note 23 citerede bestemmelse i udk. til r. l. kap. XXIII § 6, der paalægger retten at sætte ud af betragtning, hvad der i sagsøgerens fremstilling strider mod vitterlige eller fuldt beviste kjendsgjerninger. Se herom nedenfor § 103. — Ogsaa her har man villet opstille en afvigende lære paa grundlag af lovbogens henvisning til «breve og bevisligheder». Herimod gjælder, hvad i det foregaaende er anført.

det her alene kommer an. Den modsatte opfatning hviler i virkeligheden paa den foran gjendrevne forestilling, at det er indstevntes formodede mening, hvorpaa udeblivelsens sædvanlige virkninger beror.

En undtagelse fra regelen har man dog opstillet for det tilfælde, at sagsøgeren allerede i stevningen har paaberaabt sig visse dokumenter (f. ex. et gjældsbrev) til støtte for sit søgsmaal. Isaafald skal han nemlig ikke kunne opnaa fældende dom uden fremlæggelse af disse.[25] Denne lære er dog neppe velgrundet.[26] Den bygger paa den betragtning, at indstevnte maaske netop er udebleven i tillid til den belysning, sagen vil faa af disse dokumenter. Men, som gjentagende fremhævet, kommer det ved bedømmelsen af udeblivelsens virkninger ikke an paa indstevntes subjektive meninger. Den anførte argumentation bevæger sig derhos i virkeligheden i en cirkel; ti indstevnte har ingen berettigelse til i stevningens anførsel om sagsøgerens beviser at se noget tilsagn fra dennes side om at ville benytte disse, og hans tillid til, at sagen ved dem vil belyses til hans fordel, er kun begrundet, hvis der bestaar en saadan nødvendighed for sagsøgeren af at fremlægge de paaberaabte dokumenter som den, der skulde bevises. Saa meget mindre føie er der til at fastholde den her bestridte sætning, hvis man tiltræder den i det foregaaende hævdede lære, at dommeren ikke *ex officio* har at gjøre gjældende fritagelsesgrunde, der maatte fremgaa af de irettelagte dokumenter.

En anden undtagelse fra regelen har man opstillet for det tilfælde, at der er flere procesfæller, idet det her har været antaget, at de bevisligheder, som den mødende part fremlægger, ogsaa bliver at tage i betragtning til fordel for den udeblivende.[27] Dette er dog ikke begrundet.

[25] Jfr. den i Retst. 1895 p. 107 meddelte byretsdom, der afviste en sag, fordi sagsøgeren ikke havde fremlagt et i forligsklagen paaberaabt gjældsbrev. Se ogsaa Hambro Byretsdomme nr. 2046, 2047. Endnu videregaaende sammesteds nr. 2039 og 2061.

[26] Se mod sætningen nu ogsaa Deuntzer l. c. p. 193—4 jfr. 157.

[27] Se Retst. 1875 p. 638; Hambro Byretsdomme nr. 1831—2; se ogsaa Proceslovudkastet af 1868 kap. 11 § 40: «Møder nogen anden,

Forhandlingsgrundsætningen medfører, at enhver part selv maa bestride de kjendsgjerninger, han ikke vil, skal gjøres gjældende mod sig.[28]

3) Ved søgsmaal angaaende forhold, der ikke er parternes raadighed fuldt undergivne, kan det selvfølgelig heller ikke i tilfælde af indstevntes udeblivelse staa i sagsøgerens magt at bestemme afgjørelsens grundlag ved ensidige, ubeviste anførsler; og her vil der derfor udkræves bevis fra sagsøgerens side for de af ham paaberaabte kjendsgjerninger.

III. De i det foregaaende omhandlede regler finder alene anvendelse ligeoverfor en sagvolder, der ved lovlig stevning er inddraget i procesretsforholdet.[29]

De gjælder saaledes for det første ikke ved retshandlinger, der (som arrest, forbud og de exekutive rettergangsskridt) fremmes uden stevning.[30]

De finder dernæst heller ingen anvendelse, hvor stevnemaalet ikke fyldestgjør lovens fordringer (jfr. N. L. 1—4—32: «Befindes nogen lovligen stevnt»). Isaafald er betingelserne for, at processen overhovedet skal berøre sagvolderen, ikke opfyldte. Han er ikke i lovens forstand udeblivende, og søgsmaalet maa af retten paa embeds vegne afvises. Til at opfylde betingelserne for stevnemaalets lovlighed hører det ikke blot, at selve stevningen, dens forkyndelse og varslet opfylder lovens fordringer, men ogsaa, at den domstol, paa hvilken stevningen lyder, er

som i forening med den udeblivende er indstevnt under sagen, og hvis tarv beror paa de samme bevisligheder som den udeblevnes, har dommeren ligeledes til fordel for denne at tage hensyn til de oplysninger, som af den mødende er fremførte». Jfr. ogsaa foran § 54, note 2.

[28] Høiesteretsl. 15 juli 1839 § 15 kan ikke paaberaabes, fordi der her er tale om appelinstansen og forudsætningen er, at den udeblivende har mødt i underinstansen og der bestridt modpartens anførsler. Naar udk. til r. l. kap. IV § 4 (citeret p. 242, note 18) tillægger tilveiebragte beviser betydning for samtlige procesfæller, hænger det sammen med den foran i note 23 gjengivne, i vor nuværende procesret ikke gjældende bestemmelse, hvorefter dommeren overhovedet ikke tager hensyn til ubestridte faktiske anførsler, naar de strider mod foreliggende beviser.

[29] Jfr. foran p. 331—2.

[30] Jfr. Schweigaard II p. 197—8.

rette værneting i sagen[31]. Paaberaaber sagsøgeren sig, at sagvolderen paa forhaand har vedtaget afvigelser fra stevnings- eller værnetingsreglerne, maa dette bevises[32]. Denne art faktiske anførsler hører ikke til dem, som dommeren i tilfælde af indstevntes udeblivelse har at betragte som uomstridte[33].

At dommeren har at kræve bevis for saadanne betingelser for sagsanlægget, hvis tilstedeværelse *ex officio* paasees af retten[34], er intet særeget for udeblivelsestilfælde.

Som udeblivende kan heller ikke den indstevnte betragtes, om hvem det er oplyst, at han er hindret fra at møde ved lovligt forfald. Foreligger et saadant, har dommeren at udsætte sagen til et senere retsmøde, hvortil vedkommende bliver at indkalde paa saadan maade og med saadant varsel, som retten bestemmer (se l. 4 juni 1892 § 16 2det led, der foreskriver dette for det tilfælde, at det maa antages, at indstevnte ikke betimelig kan være bleven vidende om stevnemaalet).

Udeblivende er kun den, der helt udebliver; og hvis sagsøgeren selv begjærer sagen udsat f. ex. for at udfylde mangler ved deduktionen, har indstevnte, om han end ved tægtetiden er udebleven, adgang til at fremføre sit tilsvar ved udsættelsestiden.

Lige med udeblivelse regnes det, at den mødende part ikke er proceshabil (er umyndig etc.) uden at den legale repræsentant er tilstede, eller at den, der møder som stedfortræder for indstevnte, ikke er behørig legitimeret.

[31] Dette har hos os altid været samstemmig antaget (Schweigaard I § 73; Nellemann l. c. p. 191—2; Deuntzer l. c. p. 189), men er i fremmed teori bestridt; se Wach Das Princip des gewillhürten Gerichtsstandes i Archiv f. die civ. Praxis bd. 62 p. 373 ff. og Kohler i Gesammelte Beiträge zum Civilprozess p. 73 ff.

[32] Paaberaabes som bevis en skriftlig erklæring af indstevnte (f. ex. i et gjældsbrev), maa ægtheden være bevist ved notariel bekræftelse; jfr. Deuntzer l. c. p. 189

[33] Det samme gjælder andre faktiske omstændigheder, hvoraf et stevnemaals lovlighed afhænger (f. ex. hvor et handelsfirma har sit kontor); jfr. Retst. 1877 p. 621.

[34] Jfr. Retst. 1878 p. 591.

IV. Den regel, at den udeblivende indstevnte antages at indrømme citantens søgsmaalsbegrundelse, er, da man ikke altid kan have vished for, at han har faaet varsel, og endnu mindre for, at forfald har hindret hans møde, ikke uden fare for retssikkerheden. I andre lande har man efter fransk forbillede søgt et botemiddel herimod ved at indrømme den, der er dømt som udeblivende, adgang til inden en vis frist at forlange processen gjenoptaget[35]. Vor gjældende civilproces har intet saadant middel[36]. N. L. 1—4—32 foreskrev, at der skulde forelægges den udeblivende indstevnte «lavdag» til næste ting. Men denne regel, der var mindre heldig, idet den gav indstevnte anledning til vilkaarlig at forlænge varselsfristen og paabyrde sagsøgeren et unødigt møde, blev afskaffet ved frdn 3 juni 1796, uden at imidlertid noget bedre blev sat istedet. Det bør dog bemærkes, at l. 4 juni 1892 ved at indføre mere betryggende stevningsregler har formindsket faren for urigtige udeblivelsesdomme særlig ved forskriften om, at en afskrift af stevningen skal afleveres hos den, for hvem den forkyndes[37], og at der, hvor sagen udsættes paa grund af den udeblivendes forfald, skal sørges for nyt varsel.

§ 90.

INDSTEVNTES FORHOLD TIL SØGSMAALET. b) OM FORHOLDET NAAR INDSTEVNTE MØDER SÆRLIG OM VIRKNINGERNE AF AT HAN TAGER TIL GJENMÆLE.

I. Naar indstevnte møder, er tre tilfælde mulige:

1) Indstevnte forholder sig ganske taus ligeoverfor søgsmaalet. Isaafald vil forholdet i henseende til selve

[35] Den franske rets *opposition*, den tyske rets Einspruch.

[36] Se derimod paa straffeprocessens omraade strpl. § 422. Se ogsaa udk. til r. l. kap. XXIII §§ 9—11, som benævner retsmidlet «opreisning». — Jfr. forøvrigt den ved lappeloven af 1883 midlertidig ud af kraft satte traktat af 7/18 oktober 1751 § 24. Jfr. ogsaa Ugebl. f. lovk. III p. 88; Anden del § 135, note 24; Stampe Erklæringer III p. 276 ff.; Lasson Appel i civile sager p. 110.

[37] Jfr. Morgenstierne l. c. p. 148, note 2.

sagens realitet i enhver henseende blive at bedømme, som om han helt er udebleven[1]). Derimod er det den antagne og vel i det hele velgrundede lære, at den mødende indstevnte selv har at gjøre sine indsigelser mod stevnemaalets lovlighed gjældende, og at derfor dommerens undersøgelse heraf i dette tilfælde bortfalder[2].

2) Indstevnte indskrænker sig til at gjøre formelle indsigelser gjældende og udtaler sig ikke om realiteten. Isaafald vil disse formelle indsigelser blive prøvede. Forkastes de, vil han, naar intet yderligere fremkommer fra ham, blive betragtet som udeblivende.

3) Han udtaler sig om søgsmaalets realitet. Isaafald siges han at tage til gjenmæle.

II. Til den kjendsgjerning, at sagvolderen har taget til gjenmæle i realiteten, knytter sig visse særlige virkninger:

1) Sagvolderens senere udeblivelse faar ikke længer de følger, som efter det i foregaaende paragraf udviklede knytter sig til, at han fra først af udebliver. Naar han engang har taget til gjenmæle, gaar sagen under dom i henhold til det af ham anførte.

2) Sagsøgeren kan ikke længer ensidig frafalde søgsmaalet, hvis sagvolderen kræver dom. Herom henvises til det §§ 85—86 udviklede, hvoraf iøvrigt vil sees, at sagsøgerens adgang til at faa sagen hævet faktisk lukkes allerede ved, at sagvolderen har faaet udsættelse, forudsat at han ved udsættelsestiden tager til gjenmæle og forlanger dom.

3) I forbindelse med det under 2) omhandlede staar det, at sagvolderens første tilsvar ogsaa er bestemmende for hans ret til at se et af ham anlagt modsøgsmaal fremmet, selv om sagen ikke føres ved sagsøgerens værneting[3]. Før dette tidspunkt kan nemlig den sidstnævnte ved at lade hovedsøgsmaalet falde bringe modsøgsmaalet til at tabe sin karakter af modsøgsmaal; og det vil da alene

[1] Jfr. Ugebl. f. lovk. III p. 110; Hambro Byretsdomme nr.ne 2046, 2047, 2048.

[2] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 204—5 jfr. 120—1; Retst. 1895 p. 656.

[3] Jfr. Retst. 1878 p. 722.

kunne fremmes, hvor det har alle betingelser for et selvstændigt søgsmaal.

4) Ved at have taget til gjenmæle i realiteten har sagvolderen afskaaret sig fra at fremkomme med formelle indsigelser mod søgsmaalet[4]. I kraft af samme naturlige betragtning, der ligger til grund for denne sætning, vil sagvolderen ved at tage til gjenmæle mod et af sagsøgeren fremført nyt retskrav afskjære sig adgangen til senere at modsætte sig dets paadømmelse under samme sag.

§ 91.

PARTSFORHANDLINGENS AFSLUTNING. a) VED SAGENS OPTAGELSE TIL DOMS[1].

I. Naar processen er indledet fra begge parters side ved de i det foregaaende omhandlede skridt, gaar den sin gang ved replik, duplik o. s. v., uden at der til noget af disse led i parternes forhandling knytter sig særlige processuelle virkninger udenfor dem, der flyder af eventual- og forhandlingsgrundsætningernes anvendelse.

Procedyren finder sin afslutning enten: a) derved, at det omprocederede spørgsmaal optages til rettens af-

[4] Det vil herved kunne ske, at en forhandling fremmes, som egentlig mangler visse procesforudsætninger; og da det saaledes kan siges, at det er tilsvaret, som har begrundet muligheden af sagens fremme i realiteten, har man ligestillet tilsvaret med den romerske proces's *litis contestatio*, ved hvilken akt, som foran p. 415 omtalt, det romerske *judicium* begrundedes. Herved er imidlertid at bemærke, at sagvolderens medvirkning ved en *litis contestatio*, som paa det anførte sted paapeget, i den romerske ret, hvor processen var en tosidig retshandling, altid var nødvendig, medens tilsvaret i den nyere ret alene har procesbegrundende betydning, hvor en relativ procesforudsætning har manglet, medens, som i forrige paragraf paavist, processen ellers kan fremmes selv i sagvolderens udeblivelse. Jfr. iøvrigt om den litterære diskussion, der i nyere tid har knyttet sig til det her berørte spørgsmaal, især Bülow i Archiv f. die civ. Praxis bd. 62 p. 11—27 og Wach i Grünhuts Zeitschrift f. das Privat- und öff. Recht der Gegenwart VIII p. 134—54.

[1] Schweigaard I § 69; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 153 ff. (p. 811 ff.); Deuntzer Civilproces § 28.

gjørelse eller b) derved, at processen stanses, uden at nogen dømmende afgjørelse æskes, hvilket betegnes ved udtrykket, at sagen hæves. Begge dele sker ved en kjendelse af retten. Det sidste tilfælde skal blive behandlet i næste paragraf, det første i nærværende.

Optagelse af sagen til rettens afgjørelse finder altid kun sted efter parternes begjæring, der pleier at udtrykkes ved, at parten «indlader sagen» til kjendelse eller dom[2].

Retten har ingen adgang til paa embeds vegne at optage sagen til dom mod parternes vilje. Hvor begge parter udebliver i et retsmøde, hvortil sagen er bleven udsat, er det dog vistnok rettest, at den optages til dom, forsaavidt endelig paastand er nedlagt[3].

Efter den ene parts begjæring vil saadan optagelse af sagen finde sted:

1) Hvor den anden part er udebleven i det retsmøde, hvortil sagen er paastevnt eller udsat, eller, om end mødende, intet anfører.

2) Hvor den anden part vel møder, men begjærer en udsættelse, som retten ikke finder føie til at indrømme.

II. Det spørgsmaal, der har været forhandlet mellem parterne, kan enten være et formelt (spørgsmaalet om procesforudsætningernes tilværelse) eller et reelt (spørgsmaalet om selve det reiste retskrav) eller begge dele, idet sagvolderen, ved siden af at reise en formel indsigelse mod søgsmaalet, subsidiært procederer dette i realiteten. I første tilfælde vil partsforhandlingen ikke nødvendigvis være afsluttet ved, at det formelle spørgsmaal optages til afgjørelse. Falder denne ud imod sagvolderen, vil partsforhandlingen blive at gjenoptage angaaende realiteten.

I de sidste af de ovennævnte tilfælde vil sagen op-

[2] I vor proces, der beherskes af eventualmaximen, vil parterne altid afslutte ethvert indlæg med at indlade sagen til doms, idet de, hver gang de har ordet, maa udtale sig, som om det var sidste gang, de havde adgang hertil. Jfr. Nellemann l. c. p. 813.

[3] Jfr. Schweigaard I p. 333—4, medens Nellemann l. c. p. 208 jfr. p. 836 hævder, at den med forholdets natur stemmende regel er den, der er udtalt i den danske frdn. 16 januar 1828 § 9, nemlig at sagen isaafald skal hæves.

tages »til kjendelse eller dom»; og da sagen her er procederet for begge eventualiteter, vil forhandlingen ikke blive gjenoptaget, om den formelle indsigelse findes grundløs.

Et andet spørgsmaal, der i lige grad kan opkastes i alle de tre nævnte tilfælde, er, om sagens optagelse til rettens afgjørelse er i den forstand endelig, at parterne ikke, om de dertil maatte finde grund, kan faa forhandlingen aabnet paany eller — som det tekniske udtryk er — reassumeret. Herom bemærkes:

Den ene parts begjæring er efter vor procesret ikke i noget tilfælde tilstrækkelig til at bevirke reassumtion, selv om han maatte kunne paavise mangler ved stevnemaalet eller forfaldsgrunde, der har hindret ham fra at varetage sit tarv, eller andre omstændigheder (f. ex. nye beviskligheder jfr. N. L. 1—13—28), der kan gjøres gjældende gjennem appel, og som i overinstansen kan bevirke enten sagsbehandlingens ophævelse eller dommens forandring[4].

Heller ikke vil begge parters samtykke ubetinget være tilstrækkelig til at bevirke reassumtion. Vistnok kan det ikke antages, at retten kan modsætte sig reassumtionen alene af hensyn til, at den allerede har begyndt paa arbeidet med sagens paakjendelse[5]. Men enhver reassumtion medfører en udsættelse af sagen; og efter l. 4 juni 1892 § 22 kan parterne, selv om de er enige, ikke fordre en saadan, med mindre herfor er anført en antagelig grund; og som følge heraf vil retten kunne modsætte sig er reassumtion, der vilde medføre en ubegrundet forhaling af sagen[6].

Paa embeds vegne antages retten at kunne reassumere sagen, hvor det skyldes en feil fra rettens side, at den er bleven optaget til doms, uden at der haves vished for, at den var udprocederet (f. ex. hvor optagelsen har fundet

[4] Jfr. Schweigaard I p. 312; Nellemann l. c. p. 820—1.

[5] Jfr. Nellemann l. c. p. 823—4; Deuntzer l. c. p. 200—1; se derimod Schweigaard I p. 311.

[6] Jfr. Retst. 1893 p. 48 under nr. 4. — At procesfuldmægtige ikke skulde være bemyndigede til at meddele samtykke til reassumtion, kan ikke udledes af frdn. 3 juni 1796 § 7 (Schweigaard I p. 311) og er heller ikke antaget i retsbrugen; se ogsaa Nellemann l. c. p. 823.

sted i et retsmøde, til hvilket sagen ikke var udsat)[7], eller hvor sagens paadømmelse uden ny forhandling er bleven umulig ved, at efter sagens optagelse dens dokumenter er bortkomne[8].

Er sagen urigtig bleven optaget til dom, uagtet forhandlingen i virkeligheden ikke var endt (saaledes f. ex. hvor en udsættelse urettelig er negtet en part), vil den kjendelse, hvorved optagelsen er udtalt, ikke særskilt kunne appelleres[9]; men den maa indbringes til overordnet rets prøvelse i forbindelse med dommen, og sagen vil da kunne blive reassumeret ifølge overinstansens beslutning[10].

Reassumtionen bevirker, at forhandlingen gjenoptages i den skikkelse, hvori den var bragt ved parternes tidligere procedyre. Den medfører selvfølgelig ikke nogen forfriskning af den hele sag.

§ 92.

PARTSFORHANDLINGENS AFSLUTNING b) VED AT SAGEN HÆVES[1].

I. Sagen bliver i følgende tilfælde at hæve uden at underkastes nogen paakjendelse, være sig i formel eller reel henseende:

1) Naar alle parter er enige om at begjære sagen hævet. Som før paavist[2], kan sagsøgeren ikke, efter at sagvolderen har faaet ordet, ensidig begjære sagen hævet.

[7] Jfr. Retst. 1877 p. 623; Hambro Byretsdomme nr.ne 2063, 2064, 2065 jfr. 2066.

[8] Jfr. Faith Juridiske afhandlinger II p. 82; Nellemann l. c. p. 825, nederst.

[9] Jfr. Anden del § 141 (p. 48—9).

[10] Jfr. forøvrigt som exempel paa, at der er anlagt særskilt søgsmaal *a prima instantia* til at faa en optaget sag reassumeret, Retst. 1884 p. 473; Hambro Byretsdomme nr. 2068.

[1] Schweigaard I p. 334; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 158 ff. (p. 834 ff.); Deuntzer Civilproces p. 199—200; Hambro Byretsdomme nr.ne 2069—2078.

[2] Jfr. p. 405—6 og 427.

Er der flere sagvoldere, kan søgsmaalet kun hæves for deres vedkommende, der samtykker deri.

Er der under sagen optraadt en intervenient, og de oprindelige parter samtykker i, at sagen hæves, vil intervenientsøgsmaalet bortfalde, med mindre det har betingelserne for at fortsættes som et selvstændigt søgsmaal.

Hvorvidt sagførere er bemyndigede til paa sin parts vegne at give samtykke til, at en sag hæves, synes tvivlsomt[3], men antages vistnok i retsbrugen.

2) Efter N. L. 1—5—11 kan sagvolderen forlange sagen hævet, naar han strax «gjørligen retter for sig», et bud, der imidlertid har ringe praktisk betydning; ti enten anerkjender sagsøgeren tilbudets lovlighed, og da vil han naturlig ogsaa samtykke i, at søgsmaalet bortfalder; eller han bestrider, at tilbudet omfatter alt, hvad han har krav paa, og da maa dette spørgsmaal løses af retten, der saaledes ikke kan hæve sagen.

I andre tilfælde end det i den anførte artikel nævnte kan sagvolderen ikke ensidig begjære søgsmaalet hævet. Navnlig kan det ikke antages, at han faar adgang hertil, fordi sagsøgeren udebliver[4].

3) Naar nogen af parterne dør under en proces, der angaar rent personlige forhold[5].

II. At sagen hæves, udtales ved en retskjendelse, der besidder en judiciel afgjørelses sædvanlige retskraft, og saaledes ikke kan omgjøres uden gjennem appel.

At søgsmaalet er hævet, hindrer ikke parterne fra at begynde et nyt søgsmaal om samme gjenstand. Men under den nye sag bliver parternes procedyre i den ældre, ophævede sag bindende for dem.

Naar et hovedsøgsmaal hæves, vil dette for et under

[3] Jfr. Schweigaard I p. 334; Nellemann l. c. p. 835—6.

[4] Jfr. derimod for dansk ret Nellemann l. c. p. 837, der begrunder en saadan adgang for sagvolderen ved den i dansk ret antagne regel (frdn. 16 januar 1828 § 9), at sagvolderen, naar sagsøgeren udebliver, ved paa sin side at tie kan bringe søgsmaalet til ophævelse, en regel, der efter det foran p. 429 med note 3 udviklede ikke kan antages at gjælde i norsk ret.

[5] Jfr. foran § 51 (p. 259).

sagen reist modsøgsmaal have den virkning, at det kun kan fortsættes, hvis det opfylder de formelle betingelser for et selvstændigt søgsmaal[6].

§ 93.

OM PARTERS FORFALD[1].

At parterne har lovligt forfald, vil navnlig bevirke, at udeblivelse ikke faar de sædvanlige virkninger. Oplyses forfaldet, vil det være en udsættelsesgrund, til hvilken retten endog *ex officio* har at tage hensyn[2]. Har retten fremmet sagen, uagtet der forelaa fyldestgjørende oplysninger om forfaldet, vil dette være en feil, der kan begrunde ophævelse af dommen ved appel og sagens hjemvisning til ny behandling ved underretten[3].

Hvis der derimod i vedkommende retsmøde intet er oplyst om forfaldet, er der ingen feil begaaet ved sagens fremme; og den part, der har havt forfald, kan derfor ikke faa dommen ophævet af den grund[4], ligesom han heller ikke, efter hvad i foregaaende paragraf er forklaret, kan faa sagen reassumeret, om forfaldet oplyses, før dom er afsagt. Den udvei, der staar ham aaben, er alene gjennem bevilling at opnaa adgang til i overinstansen at fremsætte de indsigelser, som han ved forfaldet er bleven afskaaret fra at fremsætte.

Som lovlige forfaldsgrunde nævner N. L. 1—10—1: sygdom, forhindring i kongens bestilling samt indstevning til høiere ret eller til at værge sin jord. Disse forfalds-

[6] Jfr. foran p. 427—8.

[1] Schweigaard § 71; Hambro Byretsdomme nr.ne 2079—2085.

[2] Jfr. l. 4 juni 1892 § 16; foran p. 426. Før loven 1892 afvistes sagen, naar det ved stevnemaalet oplystes, at den udeblevne indstevnte havde lovligt forfald og sagsøgeren tiltrods herfor begjærede sagen optaget til doms, se f. ex. Hambro l. c. nr. 2081—2. Hertil er der ialfald efter l. 1892 ikke tilstrækkelig grund, idet dennes anvisning paa, at sagen udsættes *ex officio*, bør befølges.

[3] Jfr. Retst. 1888 p. 689 ff.

[4] Anderledes udk. til r. l. kap. XXVI § 1, 3, hvorefter i dette tilfælde dommen kan «underkjendes», uden at indstevnte er bunden ved appelfristerne.

grunde vil maaske være modtagelige for nogen analogisk udvidelse, saaledes at ogsaa efter omstændighederne uopsættelig varetagelse af andre særlig vigtige interesser vil kunne betragtes som lovligt forfald. Men ved saadan analogisk udvidelse maa der vises saa meget større forsigtighed, som den lettere adgang til brug af retsfuldmægtig i nutiden gjør forfaldet forbundet med mindre ulemper for parten end paa lovbogens tid. Man kan derfor heller ikke her benytte som veiledning de i forl.l. 1824 § 62 opstillede forfaldsgrunde ligeoverfor møde i forligelseskommissionen, ved hvilken der som regel kræves personligt møde. Man kan i almindelighed ved retterne ikke antage selv de i N. L. 1—10—1 nævnte omstændigheder som forfaldsgrunde, naar de ikke enten har hindret vedkommende part fra at lade sit tarv varetage ved retsfuldmægtig (hvorved tillige vil komme i betragtning, om parten efter sine forhold iøvrigt har havt anledning til at skaffe sig en saadan fuldmægtig) eller sagen er af den beskaffenhed, at personligt møde kan ansees at have været særlig paakrævet. I overensstemmelse hermed vil heller ikke forfaldets varighed kunne antages at strække sig længer end, indtil der er levnet parten tilstrækkelig tid til at faa sit tarv besørget ved en fuldmægtig [5].

[5] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 319; Hambro Byretsdomme nr. 2085.

TREDJE KAPITEL

BEVIS[1]

A. OM BEVIS I ALMINDELIGHED

§ 94.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

I. Dommerens opgave er at anvende loven paa foreliggende kjendsgjerninger.

Disse kjendsgjerninger forelægges dommeren af parterne. Retten har efter, hvad der er udviklet i § 70, aldrig paa egen haand at inddrage under bedømmelsen kjendsgjerninger, som parterne ikke har paaberaabt sig. Paa den anden side kan dommeren efter den maade, hvorpaa forhandlingsmaximen i vor ret er gjennemført, heller

[1] Se Forelæsningerne over straffeproces 4de hovedafsnit og den der p. 287, note 1 citerede litteratur samt derhos: Ørsted Bemærkninger om juridisk visheds natur og væsen i Juridisk arkiv bd. 13 p. 130; se forøvrigt sammes nedenfor ved fremstillingen af de enkelte bevismidler anførte afhandlinger; Bang og Larssen Forelæsninger 5te kap. §§ 46 ff.; Deuntzer Civilproces §§ 29 ff.; Afzelius Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål p. 79—117; Wrede Grunddragen af bevisrätten enligt gällande lag (1893—4); Planck Lehrbuch II p. 155—342; Schmidt Lehrbuch §§ 52, 53 og 80 ff.; v. Canstein Die Grundlagen des Beweisrechts i Zeitschrift f. deutschen Civilprozess II p. 297 ff.; Wendt Beweis u. Beweismittel i Arch. f. civ. Praxis 62 bd. p. 209 ff.; Stein Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Be-

ikke unddrage sig paadømmelsen af de kjendsgjerninger, om hvis tilværelse parterne er enige, eller som af den ene part er paastaaet uden at være bestridt af den anden. Om saadanne kjendsgjerningers virkelighed har dommeren ikke at danne sig nogen overbevisning: han har uden videre prøvelse af partsanførslernes sandhed at lægge dem til grund for sagens paadømmelse. Hvis derimod parterne er uenige om de faktiske forhold, af hvilke sagens afgjørelse beror, kan dommeren ikke anvende retsreglerne uden først at have afgjort, om de faktiske forudsætninger for disse er tilstede. Den væsentligste del af procesforhandlingen vil i regelen netop være rettet paa at tilveiebringe for dommeren afgjørende grunde til at antage disse faktiske forudsætningers tilstedeværelse; og den virksomhed, hvorved dette sker, kaldes bevis eller bevisførsel. At bevise en paaberaabt kjendsgjerning er at tilveiebringe grunde (bevisgrunde), der kan lede dommeren til at antage kjendsgjerningens virkelighed.

Det processuelle bevis forudsætter: a) Tilveiebringelse enten af gjenstande, hvorved dommeren sættes istand til selv at gjøre iagttagelser, eller af meddelelser fra personer, der har gjort iagttagelser af betydning for sagen (vidnesbyrd i videste forstand). Disse midler til at skaffe dommeren det fornødne faktiske materiale benævnes bevismidler, der saaledes kan være enten reelle eller personelle. b) En slutning, hvorigjennem bevisresultatet udledes af det under a) nævnte materiale[2]. Medens denne sidste virksomhed nødvendigvis altid er dommerens sag, kan den under a) nævnte være enten parternes eller rettens. Det er intet med begrebet bevis uforeneligt, at bevismidlerne fremskaffes af dommeren[3]. Hvorvidt denne har at udfolde en saadan virksomhed, beror paa de positive procesregler[4]. I vor nugjældende ret er det, som i

weisrecht beider Prozesse (1893). Se ogsaa Endemann Die Beweislehre des Civilprozesses (1860) og Grosz Die Beweistheorie im canonischen Procesz; v. Bar Recht und Beweis im Civilprocesse (1867).

[2] Jfr. om denne slutnings karakter Forelæsningerne over straffeproces p. 288—9.

[3] Afvigende Heusler i Archiv f. civ. Praxis bd. 62 p. 249 ff.

[4] Se foran § 6.

§ 70 omhandlet, for civilprocessen den almindelige regel, at bevismidlernes tilveiebringelse alene sker ved parterne[5] og at rettens virksomhed væsentlig er indskrænket til procesledelsen[6].

II. Forskjelligt fra, at dommeren paa egen haand samler bevismateriale, er det, at han efter sin personlige kundskab om vedkommende kjendsgjerning lægger denne til grund for sagens paadømmelse, uden at noget bevis for den er ført. Ogsaa dette er regelmæssig udelukket, en regel, som ikke blot hviler paa en mere eller mindre positiv civilprocessuel ordning (forhandlings- eller undersøgelsesprincip), men flyder af naturlige grundsætninger i al rettergang: Enhver iagttagelse, der skal danne grundlag for dommen, bør paa grund af den menneskelige iagttagelsesevnes ufuldkommenhed meddeles under forhandlingen i retten i den regelmæssige bevisførelses former for at kunne gjøres til gjenstand for prøvende kritik og for mulig kontrol ved supplerende og korrigerende bevis. Ved siden heraf kommer ogsaa i betragtning, at dommerens evne til at bedømme beviset lettelig forrykkes, naar han bringer sine egne iagttagelser i marken som afgjørende bevis. Herpaa beror den overalt erkjendte uforenelighed af stillingen som dommer og som vidne[7].

Dommeren kan saaledes ikke bygge sin afgjørelse paa, at han selv f. ex. paa en spadsertur har seet den tildragelse, der er omtvistet mellem parterne[8].

En særstilling indtager imidlertid her de vitterlige (notoriske) kjendsgjerninger. Disse tiltrænger over-

[5] Derfor fremtræder bevisførelsen som en del af partshandlingen og finder sin systematiske plads under fremstillingen af disse, medens en saadan anordning af stoffet ikke lader sig iværksætte for straffeprocessens vedkommende. At en anden ordning ogsaa for civilprocessen i og for sig er tænkelig, ja endog i en vis udstrækning naturlig, fremgaar iøvrigt af det i § 8 udviklede.

[6] Jfr. foran § 70 og nedenfor § 97.

[7] Jfr. foran p. 203.

[8] Jfr. Retst. 1894 p. 218 (Høiesteret misbilliget, at en dommer havde paaberaabt sig 20-aarig erfaring for, at byen S.s «pøbel hørte til den raaeste og brutaleste i landet»). — Jfr. R. Schmidt Die aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters (1892).

hovedet intet bevis, forsaavidt de er dommeren (eller ved kollegiale retter, flertallet af dommerne) bekjendte[9]. Den kontrol, der er nødvendig ligeoverfor dommerens private iagttagelser, bliver nemlig upaakrævet, hvor det gjælder kjendsgjerninger, der enten er iagttagne af en saa stor kreds eller ved historiske fremstillinger, aviser, bekjendtgjørelser o. lign. uden modsigelse er meddelt i saa vide kredse, at en forstandig mand i dommerens stilling vil anse sig ligesaa overbevist om deres virkelighed, som om de havde været gjort til gjenstand for en processuel bevisførsel[10]; f. ex. at der i aaret 1902 har fundet en større ildebrand sted i Laurvig, at Drammens marked er 10de februar, at nationalteatret i Kristiania aabnedes i september 1900, at der gaar 4 jernbanetog daglig fra Kristiania til Hamar, at posttoget fra udlandet paa den og den dag forsinkedes af snehindringer, at et firma er indført i handelsregistret[11] o. s. v.

Selv hvor en kjendsgjerning ikke har denne vitterlighed for en større almenhed, vil man være berettiget til at anse den som vitterlig for dommeren, naar den er af den art, at han i embeds medfør har havt befatning med den og beviset saaledes vilde kunne føres ved en embedsmæssig bevidnelse af ham (f. ex. en tidligere af ham afsagt dom, en tinglysning, en beskikkelse af et konkursbos bestyrer o. lign.)[12].

III. Hvor dommeren af de ham forelagte gjenstande umiddelbart kan se selve de for afgjørelsen betydnings-

[9] Jfr. Forelæsninger over straffeproces p. 302; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 339—43; Trygger Skriftl. bevis p. 54 ff. samt særlig F. Stein l. c. p. 138 ff. — Jfr. udk. til r. l. kap. XIII § 2: «Kjendsgjerninger, der er vitterlige eller af retten under sagen umiddelbart iagttagne, behøver intet bevis». At ogsaa de notoriske kjendsgjerninger, for at tages i betragtning, maa paaberaabes af parterne, se foran p. 346. Er vedkommende kjendsgjernings vitterlighed bestridt, vil der selvfølgelig blive plads for en bevisførsel herom.

[10] Denne formulering hidrører fra Stein l. c. p. 147.

[11] Jfr. Retst. 1877 p. 621; Ugebl. f. lovk. II p. 257 (jfr. p. 408).

[12] For vidt gaar derimod den i Retst. 1896 p. 545 meddelte auktionsretskjendelse, der uopfordret tog hensyn til, hvad der var dokumenteret under en tidligere auktion.

fulde kjendsgjerninger, eller hvor de under sagen afgivne vidnesbyrd umiddelbart angaar disse, siges beviset at være direkte. Hvor derimod det, dommeren umiddelbart kan se eller erfare af de ham forelagte bevismidler, er andre kjendsgjerninger, der ikke selv er de for sagens afgjørelse relevante, men tilsteder en slutning til disse, siges beviset at være indirekte; og de kjendsgjerninger, hvorfra der saaledes sluttes, benævnes indicier[13]. Den sammenhæng mellem disse sidste og selve de relevante kjendsgjerninger, der gjør en saadan slutning berettiget. kan være af forskjellig art: snart et aarsagsforhold, idet der enten sluttes fra en given kjendsgjerning til de regelmæssige følger af den eller den regelmæssige aarsag til den, snart et forhold som mellem middel og regelmæssigt øiemed; snart beror sammenhængen udelukkende derpaa, at den ene kjendsgjerning efter almindelig erfaring regelmæssig ledsager den anden. Indiciets bevisende kraft beror derpaa, at den slutning, der gjøres, bedst forklarer sammenhængen mellem alle de bekjendte fakta. Muligheden af en anden forklaring er i de fleste tilfælde ikke udelukket, og slutningen er derfor i regelen ikke absolut bindende; men man vil kunne være berettiget til at se bort fra denne mulighed, naar efter kjendte erfaringssætninger den slutning, man i tilfældet gjør, overveier alle andre i sandsynlighed. Naar det bevises, at en person er født for 200 aar siden, er der vished for hans død; er det bevist, at der er forløbet 100 aar siden hans fødsel, er det overveiende sandsynligt, at han ikke længer lever, men denne sandsynlighed aftager selvfølgelig, jo kortere tiden er, uden at nogen absolut grænse kan sættes; sandsynligheden for hans død kan imidlertid uden hensyn til hans alder bestyrkes ved langvarigt fravær fra hjemmet, de omstændigheder, hvorunder personen er forsvundet, o. s. v.

IV. I den maade, hvorpaa under I det processuelle bevis er bestemt, ligger, at dette ikke finder anvendelse

[13] Jfr. nærmere Forelæsningerne over straffeproces p. 288—9 og 290—2.

paa de retssætninger, som dommeren har at anvende i det foreliggende tilfælde. Vistnok er der begrebsmæssig intet til hinder for, at en bevisførsel i processuelle former finder sted ogsaa med hensyn til disse, men en saadan er ikke her i noget tilfælde nødvendig for, at dommeren skal kunne tage i betragtning, hvad han ved. Fordringen til, at dommeren skal kjende loven, bevirker, at dommeren paa egen haand har at indhente de oplysninger, han finder fornødne, og at som følge deraf parternes bevisførsel her alene har en veiledende karakter.

Til i den her omhandlede henseende at gjøre nogen principiel forskjel mellem den skrevne ret og sædvaneret, mellem almindelig landsret og lokalret, mellem indenlandsk og fremmed ret, er der ingen grund. Hvad særlig den sidste angaar, bemærkes: Overalt, hvor dommeren ved sin afgjørelse har at tage hensyn til fremmed ret, sker det i kraft af et bud af den indenlandske lovgivning; og dette medfører da tillige forpligtelsen for ham til saavidt muligt at undersøge, hvad den fremmede retsregel, der skal anvendes, indeholder. Denne forpligtelse kan dog selvfølgelig ikke ligeoverfor den fremmede ret have ganske samme udstrækning som ligeoverfor den hjemlige. Staten kan ubetinget kræve af dommeren, at han kjender den sidste, idet der regelmæssig sørges for, at han har adgang til de kilder, hvoraf kundskaben om den kan øses; og selv, hvor retten beror paa sædvane, vil det intet uoverkommeligt være for dommerne at have en selvstændig mening om retsdannelser, der foregaar inden det samfund, hvoraf de er medlemmer. Dette gjælder derimod ikke ligeoverfor den fremmede ret, heller ikke i sin hele udstrækning ligeoverfor lokal sædvaneret; og naar ingen paalidelige kilder til kundskab om saadan foreligger, vil dommeren være afskaaret fra at anvende den. Faktisk vil saaledes parterne her have større opfordring til at forelægge retten det fornødne materiale, og deres veiledende virksomhed have større betydning[14]. Men dom-

[14] Jfr. Retst. 1896 p. 238 (Parterne var komne overens om, at deres forhold skulde bedømmes efter fremmed ret; men da de ikke havde oplyst om dennes indhold, anvendte høiesteret norsk ret).

meren vil aldrig her som ligeoverfor kjendsgjerninger være afskaaret fra at søge og bygge paa oplysninger, som ikke har været gjenstand for en formelig partsforhandling under sagen[15].

V. Dommerens virksomhed forudsætter ikke blot kjendskab til lov og ret, men ogsaa en række andre kundskaber og erfaringer. Saadanne er i mange tilfælde en forudsætning for anvendelsen af de retsregler, hvorpaa det i tilfældet kommer an (saaledes om en egenskab ved en kjøbt gjenstand kan betegnes som feil, om et udvist forhold fra en skibsførers side er i strid med god sømandsskik og derfor at bedømme som uagtsomt, om et bygværk tilfredsstiller fordringerne til godt, solid arbeide og saaledes er kontraktsmæssigt, om en kontrakt er stridende mod «ærbarhed» og derfor ugyldig efter N. L. 5—1—2, om hvad der kan betegnes som tilbehør til en ting, i det hele bedømmelsen af, hvad der er sædvansmæssigt i visse tilfælde, hvor dette har betydning for rettighedens eller forpligtelsens udstrækning o. s. v.). Det samme gjælder endvidere om den virksomhed, hvorved dommeren efter det under I udviklede tilegner sig bevismaterialet og drager den slutning, hvorved bevisresultatet fremkommer (opfatningen af vidnernes virkelige mening, bedømmelsen af deres troværdighed, iagttagelsen af bevisgjenstanden og dens egenskaber, slutning fra indicier).

Ogsaa her kan parterne som ved retssætninger søge at skaffe retten de fornødne indsigter. Men i og for sig er det ikke uforeneligt med dommerens stilling, at han her er uafhængig af enhver bevisvirksomhed fra parternes side. Saa vidt gaar dog ikke vor gjældende ret. Der maa efter denne sondres:[16] De kundskaber og erfaringer, hvorom

[15] Jfr. om bevis for fremmed ret Ørsted i Eunomia IV p. 161 ff. — Jfr. udk. til r. l. kap. XIII § 7: «For retssætninger behøver intet bevis at føres, og retten har uden hensyn til førte beviser at undersøge og anvende dem. — Dog kan retten, hvis den finder det nyttigt, tilstede bevisførsel herom og, hvor der handles om stedlige sædvaner eller fremmed ret, fordre, at parterne tilveiebringer nærmere udredning med hensyn til sine paastande angaaende disse.»

[16] Om den praktiske og teoretiske værdi af denne sondring se forøvrigt den træffende udvikling af Stein i Das private Wissen des Richters p. 25 ff.

der her er tale, kan dels være af den art, at det maa kræves eller forudsættes, at mænd med en dommers uddannelse og livserfaring er i besiddelse af dem; dels kan de være saa særlige, at de kun kan forudsættes hos personer, der er i besiddelse af særlige faglige indsigter (f. ex. kemiske eller fysiske, saasom hvor det gjælder bedømmelsen af, om en vare er tilsat fremmede bestanddele, om en maskine er feilagtig konstrueret), eller som er i visse livsstillinger, der stadig bringer dem i berøring med vedkommende fænomener (f. ex. kjøbmænd ligeoverfor bedømmelsen af handelsforhold). Hvor de kundskaber eller erfaringer, der udkræves, er af den førstnævnte art, har parternes virksomhed ganske samme karakter som parternes udredninger af retsreglerne: den er kun veiledende og hindrer ikke dommeren fra at hente sin kundskab fra andre kilder. Anderledes derimod, hvor de fornødne indsigter er af en mere faglig art. Her vil i almindelighed det fornødne grundlag for dommerens bedømmelse af de omhandlede momenter maatte skaffes tilveie gjennem en virksomhed fra parternes side, der er underkastet bevisførelsens regler; og dommeren kan ikke paa egen haand tilveiebringe det tekniske materiale, hvorpaa afgjørelsen beror, eller benytte tekniske indsigter, hvoraf han tilfældig maatte være i besiddelse[17]. Dette omraade er det, paa hvilket bevis ved sagkyndige har sin naturlige anvendelse[18].

VI. Bevisgjenstanden kan være af processuel eller materiel betydning, idet beviset kan angaa betingelserne for fremme af sagen (eller et enkelt rettergangsskridt), eller processens materielle gjenstand. I begge tilfælde kan bevisgjenstanden være: enten umiddelbart selve de kjendsgjerninger, hvoraf vedkommende retsregels anvendelse beror, eller omstændigheder, hvoraf der lader sig slutte til disse (indicier), eller som giver oplysninger om kjendsgjerninger, der selv er direkte bevisgrunde (anden haands meddelelser om vidneudsagn, om parts tilstaaelse),

[17] Saaledes ogsaa Deuntzer Civilproces p. 204.
[18] Jfr. iøvrigt nærmere om vor rets standpunkt nedenfor i § 116.

eller som vedrører forudsætninger for direkte bevisgrundes beviskraft (f. ex. et dokuments ægthed) eller endelig skaffer dommeren oplysning om erfaringssætninger eller videnskabelige resultater. Bevisgjenstanden øver i civilprocessen ikke i og for sig nogen indflydelse paa bevisreglerne [19].

§ 95.

BEVISBEDØMMELSEN [1].

I. Som i § 14 paavist, er den moderne rets to store hovedkilder, den germanske og den romerske ret, oprindelig gaaet ud fra grundforskjellige opfatninger af bevisets væsen og øiemed. I den ældre germanske ret bestaar beviset i fuldbyrdelsen af visse former (hovedsagelig edelig bekræftelse eller benegtelse af parten i forbindelse med understøttende eder af andre personer, der besvor sin overbevisning om partens gode ret; ved siden deraf ogsaa gudsdomme, tvekamp). Og om end disse former var anordnede med særligt hensyn til, at kun den, der var i sin gode ret, kunde fuldbyrde dem, eller ialfald beroede paa den antagelse, at saa var tilfældet, havde dommeren ikke at anstille nogensomhelst konkret prøvelse heraf, men alene at se hen til, om lovens regler med hensyn til disse former var iagttagne; og han havde, naar dette var tilfældet, at anse det paastaaede som bevist uden alt hensyn til sin egen overbevisning. Dette er grundtanken i, hvad man har kaldt det formelle bevissystem.

Den romerske ret gik derimod ud fra et materielt bevissystem, idet den saa bevisets væsen og øiemed i dets evne til at paavirke dommerens overbevisning og lod det i henseende til, hvad der kunde være bestemmende for denne overbevisning, væsentlig komme an paa dommerens egen samvittighedsfulde overveielse.

[19] Jfr. derimod for straffeprocessens vedkommende Forelæsningerne over denne § 60.

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 292 ff.

Vistnok havde det germanske bevis allerede i den senere middelalder tabt noget af sin strenge formelle karakter og havde navnlig gjennem vidnebevisets udvikling optaget visse materielle elementer; men den væsentligste andel i den materielle bevisteoris seierrige indtrængen i de europæiske retsforfatninger skyldes den romerske rets paavirkning. Imidlertid var det ikke at vente, at der fra den germanske rets formbundethed med ét og uformidlet skulde ske en overgang til den romerske rets frie bevisteori. Overgangen formidledes ved det kompromis mellem begge retsopfatninger, der benævnes den legale bevisteori. Beviset skulde vistnok tilstræbe at paavirke dommerens overbevisning; forsaavidt var den romerske opfatning bleven seirende og det germanske formalbevis forladt. Men det turde ikke overlades dommerens eget skjøn, hvad der var tjenlige midler til at paavirke hans overbevisning. Der udformedes et omstændeligt regelværk for bevismidlernes art og for det maal af bevis, som turde være bestemmende for dommeren. Forsaavidt vedblev traditionerne fra det formelle bevissystem at bevare sit herredømme. Først i nyere tid er dette herredømme bleven brudt; og den frie bevisteori er noget nær overalt seierrig trængt igjennem.

II. I vor ret betegner Kristian den femtes lovbog den sidste slutsten paa den udvikling, hvorigjennem det formelle bevissystem fortrængtes af det materielle, se navnlig N. L. 1—14[2], der klart og konsekvent formulerer principet, som dog endnu var saavidt nyt, at der hist og her i lovbogens specielle forskrifter findes spor af det ældre system[3]. Lovbogen indskrænkede anvendelsen af den ældre rets hovedbevismiddel, partseden, endnu yderligere, end tilfældet havde været i dens forbillede, den kanonisk-tyske proces, idet den ikke tilstedte den andetsteds fra romerretten optagne tilbudne ed (*juramentum delatum*) — jfr. N. L. 1—14—4 —, men kun kjender en af dommeren paalagt ed og knytter dennes anvendelse til

[2] Jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udviklingshistorie i dansk ret (1878).

[3] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 344—5.

temmelig snevre vilkaar (N. L. 1—14—6 jfr. 5 og 3). En saa meget mere fremtrædende plads fik vidnebeviset, der af lovbogen i 1—13 ordnedes overensstemmende med den legale bevisteoris principer: der opstilledes visse fordringer til de personer, som skulde kunne være vidner, og et vist maal for det vidnebevis, der af dommeren skulde kunne tages for fuldt (to saakaldte klassiske vidner, d. e. to vidner, der i enhver henseende fylder lovens krav). Lovbogens regler for vidnebeviset blev imidlertid ved den følgende retsudvikling undergravede paa en maade, som i hovedtrækkene er fremstillet i Forelæsninger over straffeproces[4], og som nærmere vil blive omhandlet nedenfor i § 115. Denne udvikling fuldbyrdedes vistnok først paa straffeprocessens omraade, hvor behovet for at kunne bygge paa et ringere bevismaal end det legale stærkest gjorde sig gjældende derved, at partseden i retsbrugen helt afskaffedes. Men udviklingen af den friere bevisbedømmelse indskrænkede sig ingenlunde til dette omraade. Ogsaa paa civilprocessen maatte selvfølgelig den forandrede opfatning øve sin indflydelse. I virkeligheden maatte ogsaa her den snevre adgang til partsed fremkalde behovet for at kunne bygge afgjørelsen paa vidnesbyrd, der ikke holdt lovens maal; og den sparsomme anvendelse, som lovbogen tilsteder af partseden, har utvivlsomt bidraget til, at bevisreglerne hos os hurtigere end de fleste andre steder fik en større frihed.

Slutresultatet af den her berørte udvikling kan siges at være den frie bevisteoris seier, et resultat, som man saa meget vanskeligere vil kunne negte sin anerkjendelse ogsaa paa civilprocessens omraade, efterat det er kommen til positivt udtryk i strpl. § 349[5]; ti at selve principet for bevisbedømmelsen skulde være forskjelligt for civil- og straffeprocessen, vilde aabenbart savne al indre grund.

Maa man saaledes som hovedprincip gaa ud fra, at

[4] Se disse p. 296 ff.

[5] «Afgjørelsen af, hvad der er at anse som bevist, træffes efter fri overbevisning paa grundlag af en samvittighedsfuld prøvelse af de fremførte bevisligheder.» — Saaledes ogsaa udk. til r. l. kap. XIII § 1 (se Getz Udredninger p. 122).

den frie bevisbedømmelse ligger til grund for vor praktisk gjældende bevislære, er det imidlertid af vigtighed at fastholde, at denne frihed har sine begrænsninger:

Det maa her vel bemærkes, at den frie bevisteori ikke medfører, at bevisbedømmelsen er prisgivet dommerens rent subjektive vilkaarlighed. De bevisgrunde, der bestemmer hans overbevisning, maa være af den art, at de objektivt, efter en samvittighedsfuld prøvelse egner sig til at fremkalde overbevisning hos en forstandig dommer. Et kautel mod et rent vilkaarligt skjøn fra dommerens side ligger her i nødvendigheden af i domspræmisserne at redegjøre for de bevisgrunde, der har været afgjørende[6].

Men ved siden deraf kan loven ogsaa iøvrigt opstille regler til betryggelse for en objektiv haandhævelse af principet, idet den dels udelukker fra at komme i betragtning visse arter bevis[7] eller bevis, der ikke er ført paa en vis maade, dels tillægger visse bevisgrunde en vis bestemt vægt. Saadanne regler er ikke uforenelige med en iøvrigt fri bevisbedømmelse. Det irrationelle i den legale bevisteori laa væsentlig deri, at den søgte at opstille et bindende maal for alle bevismidler og særlig i dens forsøg paa at tvinge bedømmelsen af vidnebeviset ind under bindende regler[8]. Det er ogsaa væsentlig paa dette punkt, at retsudviklingen hos os har brudt med lovbogens bevissystem, medens paa andre omraader endnu de legale bevisregler har bevaret sin gyldighed.

De hidhørende bevisregler kan sammenstilles paa følgende maade:

1) Dommeren har alene at tage hensyn til de i loven anerkjendte bevismidler (saaledes er ikke parternes udtalelser om faktum i vor ret anerkjendt som bevismiddel, naar de ikke enten indeholder en tilstaaelse eller fremkommer som en parts beedigelse af en kjendsgjerning efter paalæg af dommeren), samt kun til de beviser, der

[6] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 299.

[7] Videst gaar i denne retning den franske ret, der paa kontraktsrettens omraade udelukker vidnebeviset.

[8] Jfr. derom Forelæsningerne over straffeproces p. 293 ff.

er fremførte under sagen[9] og er fremkomne i de af loven for bevisførelsen foreskrevne former (for vidnebevisets vedkommende fordres f. ex., at vidnerne er afhørte i retten).

2) Visse beviser har loven tillagt en bestemt vægt. Dette er navnlig tilfældet med partsed, retsligt syn og skjøn (N. L. 1—16) og visse arter skriftlige beviser (mærk navnlig N. L. 5—1—6 samt regelen om handelsbøgers og om offentlige dokumenters beviskraft).

De regler, hvorved paa straffeproceslovens omraade søges en sikkerhed for, at retten bygger sin afgjørelse paa de bedste beviser, der efter sagens beskaffenhed kan haves, og navnlig, at det umiddelbare bevis[10] vælges, hvor dertil er anledning, har paa civilprocessens omraade intet sidestykke.

III. For den legale bevisteori frembyder indiciebeviset store vanskeligheder, idet den paa den ene side ikke vel kan udelukke den indirekte bevisslutning, men paa den anden side ved her at give dommeren fuld frihed vilde komme i strid med de iøvrigt for bevisbedømmelsen gjældende grundsætninger. Den legale bevisteori, saaledes som den udvikledes af den kanonisk-tyske proces, inddelte indicierne (*præsumtiones*) i saadanne, der stillede bevisgjenstande udenfor al tvivl (*necessariæ*) — f. ex. hustruens nedkomst med et barn, der efter naturens orden maa være avlet paa en tid, da manden var fraværende, som bevis for ægteskabsbrud, en persons død som bevis for, at han ikke kan have underskrevet et efter denne begivenhed udfærdiget dokument — og saadanne, der kun frembragte en vis sandsynlighed, enten en svag (*temeraria*) eller en stærkere (*probabilis*) eller en overordentlig stærk (*violenta*). Blandt den sidste klasse indicier fremhævedes hyppig i lovgivningerne enkelte, der tillagdes en bestemt vægt; men iøvrigt var den generelle regel, at indicier, der ikke var tvingende, maatte udfyldes med partsed, og at

[9] Jfr. foran p. 437 om, at dommeren ikke kan tage hensyn til sin egen private viden.

[10] Jfr. foran § 8.

dommeren ikke paa dem alene turde bygge sin afgjørelse.

At denne opfatning af indiciebeviset i hovedsagen ligger til grund for lovbogens bevislære, synes overveiende sandsynligt (se navnlig N. L. 1—14—6)[11]. Imidlertid var den sætning, at dommeren ikke turde bygge sin afgjørelse paa indicier alene, intetsteds dispositivt udtalt i loven. Og retsbrugen synes meget snart i det mindste i straffesager at have sat sig ud over betænkelighederne ved at fælde udelukkende paa indicier[12]. I vor tid er der ikke længer nogensomhelst tvivl om, at dommeren ligeoverfor indiciebeviset har samme frihed i bedømmelsen som ligeoverfor det direkte bevis, og at ligesaavel paa civil- som paa straffeprocessens omraade en sags afgjørelse kan bygges udelukkende paa indicier[13].

§ 96.

BEVISBYRDE. LOVSFORMODNINGER[1].

I. Naar parterne er uenige om de for sagens afgjørelse betydningsfulde kjendsgjerninger, uden at der for disse foreligger noget bevis, kan dommeren selvfølgelig ikke vilkaarlig lægge den ene parts fremstilling til grund for sin afgjørelse. Han er da ude af stand til at danne sig nogen

[11] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 297—8.

[12] Jfr. Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 696.

[13] Jfr. f. ex. Retst. 1887 p. 750 ff. Se forøvrigt om indiciebeviset Schweigaard §§ 131 og 132; Nellemann l. c. §§ 127—9.

[1] Schweigaard §§ 77; Ørsted Eunomia III p. 572 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 68; Deuntzer Civilproces § 32; Nordling Förhandlingen om rätt i förmögenhetsrättsliga saker och bevisbördans fördelning mellan stridande parter (1886); E. Kallenberg Några anmärkningar om bevisskyldighet och presumtioner med hänsyn till civilprocessen i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 175 ff.; jfr. Bethman-Hollweg Versuche ueber einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (1827) p. 324 ff.; Fitting Die Grundlagen der Beweislast i Zeitschr. f. Deutschen Civilprozess bd. 13 p. 1 ff.; Planck Lehrbuch II § 107 og særlig Schmidt Lehrbuch § 83, hvor yderligere litteratur findes anført.

mening om faktum og følgelig ogsaa ude af stand til at anvende de retsregler, der forudsætter, at vedkommende kjendsgjerninger foreligger. Han kan imidlertid ikke af den grund skyde sagens afgjørelse fra sig, men maa afsige en realitetsdom, som kommer til at gaa den part imod, der, om vedkommende kjendsgjerning var bevist, vilde have kunnet kræve, at en for hans paastand gunstig retsregel bragtes til anvendelse. Den part, som saaledes bliver den tabende derved, at en under processen paaberaabt kjendsgjerning ikke bevises, siges at have **bevisbyrden** for denne. Heri ligger:

1) Bevisbyrden er ikke udtryk for nogen retslig bevispligt[1], men er kun en anden form for den sætning, at ingen retsregel kan bringes til anvendelse, saalænge det ikke er godtgjort, at de faktiske grundsætninger for den er tilstede, og at derfor den, der paaberaaber sig en retssætning til gunst for sig, maa godtgjøre disse forudsætningers tilstedeværelse.

2) Bevisbyrden faar først sin afgjørende betydning ved **sagens paadømmelse**. Det vil ofte under sagens gang stille sig saa, at begge parter fører beviser angaaende samme kjendsgjerning: den ene søgende at bevise dens tilstedeværelse, den anden dens ikke-tilstedeværelse, eller den ene søgende at bevise, at en vis begivenhed er indtraadt paa denne, den anden, at den er indtraadt paa hin maade. Ofte vil dette være en følge af, at det ikke for parterne staar klart, hos hvem af dem retten vil anse bevisbyrden liggende, og at de derfor begge *ex tuto* vil føre det muligens fornødne bevis. Ofte vil det nævnte forhold bero derpaa, at den ene part ved sine beviser angaaende en kjendsgjerning, for hvilken bevisbyrden ikke paahviler ham, vil afsvække det af den anden part førte bevis (**modbevis**). Hvis nu i et saadant tilfælde retten ikke finder, at den part, hvem bevisbyrden paaligger, har ført et fyldestgjørende bevis, vil sagen gaa ham imod, uden hensyn til, om ogsaa den anden parts bevis er utilstrækkeligt. Er der intet fuldt bevis ført af den part, hvem bevisbyrden paaligger, vil det med andre ord være ganske ligegyldigt,

[1] Jfr. foran p. 333—4.

om der fra den anden part foreligger noget eller intet modbevis. Et saadant faar overhovedet kun betydning, hvor der foreligger et hovedbevis, der i og for sig vilde have været fyldestgjørende[3]. Under ingen omstændighed overtager den, der fører modbeviset, derved nogen bevisbyrde, som efter almindelige regler maatte paahvile modparten.

II. Under det formelle bevissystem var bevisets førelse ikke en byrde, men en lettelse for den part, der fik adgang dertil: han «friede sig» ved sin og sine fællers ed. Af denne ældre opfatning findes endnu i lovbogen spor (se f. ex. 6—17—6 ff. og de lovsteder, der taler om at fri sig med sin ed, f. ex. 5—1—6, en udtryksmaade, der iøvrigt har holdt sig ogsaa i den nyere lovgivning, se f. ex. konkursl. 6 juni 1863 § 48, sidste led). Men lovbogens almindelige regel om bevisbyrden er stemmende med den materielle bevisteori; se 1—14—5 jfr. 5—5—5. Den regel, som er udtalt i disse lovsteder, og hvorefter det er sagsøgeren, der har at bevise sin paastand[4], har ogsaa sin væsentligste betydning som udtryk for den forandrede opfatning af bevisets karakter. Den indeholder derimod ikke nogen udtømmende forskrift om bevisbyrdens fordeling. Den rammer vistnok den mest iøinespringende hovedside ved spørgsmaalet, idet det er klart, at den, der ved domstolene vil have sat en paastand igjennem ligeoverfor en anden, i tilfælde af strid om tilstede-

[3] I den ældre tyske proces afgjordes spørgsmaalet om bevisbyrden ved en særskilt kjendelse, det saakaldte bevisinterlokut, der indledede bevisførelsen, som her udgjorde et eget afsnit af rettergangen. Jfr. Planck Die Lehre von dem Beweisurtheile. Herved var det da ogsaa afgjort, hvilken af parterne der havde at føre beviset; og til modbevis blev der først adgang, naar der forelaa et hovedbevis. Efter at denne ordning er bortfaldt, knytter der sig til begrebet modbevis ingen særlige procesretslige regler.

[4] Jfr. den romerretslige sætning: «*actore non probante reus absolvitur*» (*c.* 4 *C.* 2. 1; *c* 2. *C.* 4. 19; § 4 *I* 4. 15). Ved siden deraf opstilles i de romerske retskilder ogsaa sætningen: «*ei incumbit probatio qvi dicit, non ei qvi negat*» (*c.* 2 *D.* 22. 3; *c.* 23 *C.* 4. 19), hvoraf man har udledet den ganske urigtige regel, at ingen skulde kunne have bevisbyrden for et *non factum*. Den sidste sætning er vel forenelig med den første, naar den forstaaes, ikke om kjendsgjerninger, men om retskrav (Bethmann-Hollweg l. c. p. 325 ff.).

værelsen af de faktiske forudsætninger herfor, intet kan opnaa, hvis han intet bevis har ført. Men dels kan a) ikke her alene det processuelle forhold være afgjørende, om vedkommende part i processen indtager stillingen som sagsøger eller overhovedet nedlægger en positiv paastand; dels b) udtaler den ovennævnte regel intet om omfanget af bevisbyrden i hvert enkelt tilfælde. Om disse spørgsmaal bemærkes:

Ad a) Naar sagvolderen ligeoverfor sagsøgerens paastand paaberaaber sig en retsforfølgende indsigelse[5] (en leieret, en modfordring o. s. v.), er det klart, at han har den samme bevisbyrde, som om han i egenskab af sagsøger gjorde en saadan ret gjældende.

Er søgsmaalet et negativt fastsættelsessøgsmaal, vil sagsøgeren have at bevise de kjendsgjerninger, der begrunder hans interesse i at faa en processuel afgjørelse af, at sagvolderen ikke tilkommer en vis rettighed, og som forsaavidt begrunder hans paastand, medens det bliver indstevntes sag at bevise denne rettigheds tilværelse.

Den regel, at sagsøgeren maa bevise sin paastand (eller rettere, at den, der har interesse af en processuel afgjørelse, maa bevise de kjendsgjerninger, hvorpaa denne beror), krydses af den regel, at den, der gjør gjældende et retskrav, maa bevise dettes faktiske forudsætninger[6].

Ad b) Skulde en part altid have den fulde bevisbyrde for alle de negative og positive faktiske forudsætninger, hvorpaa tilværelsen af et retskrav beror, vilde derved bevisbyrden faa et omfang, der i mange tilfælde vilde gjøre beviset saa vanskeligt, at retshaandhævelsens virksomhed vilde kunne lammes. Den, der f. ex. paastaar opfyldelsen af en kjøbekontrakt, vilde da ikke have fyldestgjort sin bevisbyrde ved at bevise selve kontrakten og dennes opfyldelse fra hans egen side. Skulde han være nødt til at bevise alle de retslige betingelser, der maa foreligge, for at indstevnte ved sagsanlægget har nogen gyldig forpligtelse, maatte han yderligere bevise, at der

[5] Jfr. om dette begreb foran p. 310.

[6] Jfr. indførelsesloven til den tyske borgerlige lovbog § 193.

ikke foreligger nogen omstændighed, der gjør kontrakten ugyldig (parterne forføiningsberettigede, ikke umyndige, samtykket frit, ingen væsentlig vildfarelse), at kontrakten ikke allerede er opfyldt fra sagvolderens side, at dennes forpligtelse ikke er bortfalden ved præskription, præklusion o. s. v. En saadan ordning af bevisbyrden vilde aabenbart være ganske urimelig. Grunden hertil er ikke den, at det, som ofte antaget[7], skulde være urimeligt at paalægge sagsøgeren beviset for en kjendsgjernings ikketilværelse (et *non-factum*). Et saadant bevis maa sagsøgeren føre i alle tilfælde, hvor et *non factum* er et væsentligt grundlag for hans retskrav. Saaledes maa den, der vil tilbagesøge en erlagt betaling (*condictio indebiti*), bevise, at gjælden ikke har existeret, naar sagvolderen paastaar det modsatte. Og hvis i ovenstaaende exempel sagvolderen vistnok indrømmer, at en kjøbekontrakt var afsluttet, men paastaar, at denne var knyttet til en suspensiv betingelse, maa, som nedenfor nærmere vil blive paavist, sagsøgeren bevise, at kontrakten var ubetinget.

Det rette synspunkt for bevisbyrdens fordeling vindes derimod ved den betragtning, at beviset for visse kjendsgjerninger regelmæssig vil frembringe formodningen om, at retskravet er begrundet, og at et engang stiftet krav maa formodes bestaaende, indtil dets ophør er bevist. Det vil for dommeren være tilstrækkeligt, at der forelægges ham kjendsgjerninger, der under livets regelmæssige forhold gjør det berettiget ikke at opkaste videre spørgsmaal om, hvorvidt de øvrige forudsætninger for retskravets bestaaen foreligger, idet det normale, hvorfra han ialfald indtil videre (indtil bevis for det modsatte er ført) kan gaa ud, er, at disse forudsætninger foreligger.

Naar den, der gjør et retskrav gjældende (han være sagsøger eller sagvolder) har bevist de kjendsgjerninger, der udgjør det normale grundlag for de paastaaede retsvirkninger, bliver det den anden parts sag at bevise saadanne kjendsgjerninger, der i og for sig lader det af modparten anførte faktiske grundlag uberørt, men som bevirker, at dette i det givne tilfælde taber sin evne til at begrunde

[7] Se note 4.

den derpaa byggede paastand. Disse anførsler er i § 83 betegnet som reelle indsigelser; og fastholdes denne begrebsbestemmelse, kan det som almindelig regel udtales, at sagsøgeren maa bevise sin søgsmaalsgrund, indstevnte sine indsigelser, en regel, der finder tilsvarende anvendelse paa sagsøgerens repliker ligeoverfor indstevntes retsforfølgende indsigelse[8].

Denne regel angiver imidlertid kun et almindeligt ledende synspunkt. Den byder ikke en veiledning, der i alle praktiske anvendelser afskjærer enhver tvivl. Allerede heri kan der ligge en opfordring for lovgivningen til i flere eller færre forhold at gribe ind med positivt regulerende forskrifter. Ved siden heraf vil ogsaa en konkret fordeling af bevisbyrden kunne ske efter særlige billighedshensyn, navnlig til, hvilken af parterne i et givet forhold har lettest for at føre beviset. En udtømmende fremstilling af reglerne om bevisbyrden kan derfor ikke naturlig gives i procesretten, som derved lettelig vilde komme til at optage i sig udviklingen af væsentlige dele af den materielle ret. Her skal alene belyses de vigtigere hovedanvendelser af det oven opstillede almindelige synspunkt.

Mindst tvivl vil her fremkaldes ved de tilfælde, hvor sagvolderen (eller, naar talen er om en retsforfølgende indsigelse, sagsøgeren) ligeoverfor det reiste retskrav paaberaaber sig særskilte, af dette kravs faktiske grundlag, uafhængige kjendsgjerninger, der enten ophæver eller (helt eller for en tid) hæmmer dets virkning, saaledes hvor han paaberaaber sig en samtidig eller efterfølgende biaftale, der ændrer kravets regelmæssige indhold (aftale om

[8] Saaledes ogsaa proceslovudk. 1868 kap. 12 §§ 1 og 2. Jfr. ogsaa Planck Lehrb. § 107 (II p. 171—2). Den kritik, som Schweigaard (I p. 352 ff.) retter herimod, beror paa en urigtig opfatning af begrebet indsigelse, idet han mener, at det her alene kommer an paa, om sagvolderen indskrænker sig til en benegtelse eller anfører noget positivt. Et saadant indsigelsesbegreb er naturligvis ubrugbart som grundlag for bevisbyrdens fordeling. Om sagvolderen benegter at have vist uagtsomhed eller positivt paastaar at have vist agtsomhed, om han indskrænker sig til at benegte sin myndighed eller paastaar at have naaet en vis alder, maa naturligvis for bevisbyrden være uden betydning. Jfr. ogsaa Ørsted l. c. p. 567—8.

en fra det sædvansmæssige afvigende opsigelsesfrist ved leie- eller tjenesteforhold, om en resolutiv betingelse eller frist, indrømmelse af henstand), endvidere hvor der paaberaabes en kjendsgjerning, der har bragt kravet til ophør (ligeoverfor et vindikationskrav dereliktion eller specifikation, ligeoverfor et servitutkrav frihævd, ligeoverfor et obligatorisk krav opfyldelse, eftergivelse, præskription, præklusion). For alle saadanne kjendsgjerninger maa den, der paaberaaber sig dem, have bevisbyrden [9].

Større vanskeligheder volder de tilfælde, hvor en indsigelse (replik) grundes paa omstændigheder, der staar i forbindelse med selve de som grundlag for retskravet paaberaabte kjendsgjerninger og fra første færd af betager disse deres retsvirkninger. Vanskeligheden bestaar her i at sondre mellem de tilfælde, hvor paaberaabelsen af en positiv omstændighed i virkeligheden opløser sig i en benegtelse af det paastaaede grundlag for retskravet, og saadanne, hvor deri ligger en selvstændig indsigelse. Det sidste vil foreligge, hvor der paaberaabes egenskaber

[9] Jfr. dog om præskription Hambro Om forældelse af fordringer p. 100—2; Deuntzer l c. p. 216. Begge gaar ud fra den urigtige opfatning, at tiden har en positivt retsbegrundende betydning for et retskravs tilværelse. Det forholder sig vistnok saa, at den, der indtaler et krav, naar skyldneren bestrider, at det er forfaldent, maa bevise dette. Men er det først givet, at forfaldstid er indtraadt, er det dermed ogsaa givet, at kravet har bestaaet; og den der paastaar, at det senere er ophørt, maa bevise de kjendsgjerninger, der har bevirket dette ophør. Ved anordningen af denne bevisbyrde kommer imidlertid det angivne almindelige synspunkt for bevisbyrdens fordeling til anvendelse paa den maade, at det er nok, at debitor beviser præskriptionsfristens udløb. Herved er *prima facie* præskription indtraadt. Det bliver da kreditors sag at bevise en saadan kjendsgjerning, som af loven tillægges den virkning at afbryde præskriptionen. Den inkonsekvents, som Thomsen (Bidrag til læren om fordringsrettigheders forældelse, 1885, p. 135) vil se deri, at kreditor maa bevise tidspunktet for et betalingstilsagn, der afbryder præskriptionen, men ikke for et tilsagn, der begrunder selve fordringen (jfr. ogsaa Hambro l. c. p. 101, nederst), bortfalder, naar man tager i tilbørlig betragtning den vægt, som debitors bevis for selve præskriptionsfristens udløb naturlig maa tillægges. — Paa lignende maade fordeles bevisbyrden ved præklusion: debitor har at bevise proklamaets udstedelse og fristens udløb, kreditor, at fordringen er anmeldt, jfr. Deuntzer l. c.

ved retsforholdets subjekter eller objekter eller ved de handlinger, hvorigjennem kravet er begrundet, hvilke betager dette dets virkning (manglende handledygtighed hos personerne, en gjenstands egenskab af tilbehør til en anden[10], uoverensstemmelse mellem vilje og viljeserklæring ved retshandler)[11]. Anderledes forholder det sig derimod, naar sagvolderen f. ex. ligeoverfor en kjøbekontrakt gjør gjældende, at kjøbesummen har været en anden end af sagsøgeren paastaaet, eller at kontrakten er knyttet til en ikke indtraadt betingelse eller tidsfrist, eller at den er afsluttet af sagvolderen som stedfortræder for en anden og i dennes navn Her indeholder disse anførsler en bestridelse af, at en kontrakt af det af sagvolderen paastaaede indhold er afsluttet og saaledes en bestridelse af den kjendsgjerning, der er søgsmaalets grundlag (*exceptio non re sed aliter rei gestæ*)[12]. Det samme kan gjælde, naar der ligeoverfor en paastaaet retshandel eller skadegjørende handling gjøres gjældende en fra den anden parts fremstilling afvigende angivelse af tid og sted, saafremt nemlig disse i tilfældet er væsentlige til kravets individualisation og der ikke trods denne uoverensstemmelse er grund til at antage, at begge parter dog i virkeligheden sigter til samme konkrete begivenhed.

I anvendelse særlig paa erstatningskrav, grundet paa skadegjørende handlinger, vil de foran udviklede synsmaader lede til følgende konsekventser:

Den, der kræver skadeserstatning, har bevisbyrden for tilstedeværelsen af de regelmæssige betingelser herfor: a) en indtruffen skade, b) dennes omfang, c) et rets-

[10] Jfr. l. 8 juni 1895.

[11] Schmidt l. c. p. 442 og 446, gjør opmærksom paa, at disse indsigelser, der ikke grundes paa en selvstændig, af retskravets faktiske grundlag uafhængig «Thatbestand», har det fælles kjendemærke, at de ikke blot gjælder ligeoverfor dette eller hint konkrete retskrav, men ligeoverfor en hel klasse af krav.

[12] Jfr. om disse «uægte indsigelser» foran p. 400, note 2. Jfr. til belysning Hambro Byretsdomme nr.ne 2104 (spørgsmaal om arbeidsløns størrelse), 2108 (spørgsmaal om laan eller salg), 2109 (spørgsmaal om leie eller salg og om godtgjørelsens størrelse), 2110 (spørgsmaal om omfanget af et mandat).

stridigt forhold fra indstevntes side, en betingelse, fra hvilken lovgivningen dog i visse tilfælde ser bort (N. L. 3—21—2, ansvar for bedriftsulykker o. fl. a.), d) et aarsagsforhold mellem dette og skaden. Herom bemærkes nærmere:

Ad a) I mange tilfælde vil det her være tilstrækkeligt at bevise en kjendsgjerning, der efter livets almindelige forholde er egnet til at fremkalde skade eller tab, uden at et bevis for konkret skade udkræves. Dette er en regelmæssig anvendelse af indiciebeviset. Saaledes vil bevis for offentlige udtalelser om en persons insolvents uden videre skabe formodning om, at denne person derved har lidt formuestab[13]; har en handelsmand, der har bestilt en vare, ikke faaet denne i rette tid eller faaet kontraktsstridig vare, behøver han ikke at føre noget særskilt bevis for, at derved er paaført ham tab[14].

Ad b) Beviset for skadens omfang — derimod ikke for, at skade overhovedet er lidt[15] — lettes ved de processuelle regler om skjøn, idet den, der ikke paastaar erstatning med et bestemt beløb, regelmæssig vil have adgang til at faa beløbet bestemt ved efterfølgende (supplerende) skjøn (jfr. nedenfor § 119). Lader et saadant sig paa grund af forholdene ikke iværksætte, lettes beviset i visse tilfælde, hvorom mere i § 105, ved adgangen til partsed (N. L. 5—2—88).

Ad c) For at et forhold skal være retsstridigt, kræves et objektivt og et subjektivt moment: en handling eller undladelse, der overskrider handlefrihedens grænser, og skyld enten i form af forsæt eller uagtsomhed. Disse

[13] Jfr. Retst. 1896 p. 545. Naar man her har lagt vægt paa, om denne handling er strafbar (Schweigaard I p. 583—4), er dette at bringe ind et moment, hvis betydning for bevisbyrden ikke kan indsees.

[14] Retst. 1898 p. 768 ff. (især p. 771) jfr. dog Retst. 1874 p 698 og 1877 p. 634. Se fra praxis endvidere: Retst. 1877 p. 493 ff. (leieren af et til en delikatesseforretning bestemt lokale anseet at have fyldestgjort sin bevisbyrde med hensyn til lidt tab ved at have bevist, at huset var fugtigt og at lokalet stinkede fra priveter), Retst. 1856 p. 17 (bevis for uretmæssig anlæg af en vandledning over fremmed grund anseet for tilstrækkelig til at skabe formodning om lidt tab). — Jfr. ogsaa Hagerup Kjøb og salg § 13.

[15] Retst. 1898 p. 768.

momenter maa bevises af den, der kræver erstatning. I mange tilfælde vil et særskilt bevis for, at handlingen overskrider handlefrihedens grænser (den saakaldte ydre objektive retsstridighed), være overflødigt, fordi dette moment er givet i og med beviset for handlingen selv (f. ex. hvor der kræves erstatning i anledning af et skud eller stenkast paa befærdet vei). I andre tilfælde vil der herfor kræves et særskilt bevis. Saaledes vil i regelen skadeserstatningskrav i anledning af undladelser forudsætte bevis for en pligt til at handle, erstatningskrav i anledning af forføininger over ting (f. ex. hugst) vil, hvor retsforholdet er omstridt, kræve bevis for, at den, der kræver erstatningen, var tingens rette eier. Dette sidste bevis vil imidlertid atter kunne lettes ved kjendsgjerninger, der skaber formodninger i bestemte retninger (saaledes navnlig besiddelsesforholdet jfr. N. L. 5—5—5).

Ad d) Bevis for aarsagsforholdet vil ogsaa i mange tilfælde været givet ved beviset for selve handlingen, nemlig hvor denne efter livets almindelige regel er egnet til at frembringe den indtraadte skade. Isaafald faar det blive den anden parts sag at bevise, at skaden i det konkrete tilfælde hidrører fra andre omstændigheder. F. ex.: I anledning af en skovbrand er der ført bevis for, at vedkommende skovstrækning stadig har været udsat for gnister fra jernbanens lokomotiver, fra den anden side føres bevis for, at der umiddelbart før branden var brændt braate; i anledning af en bedriftsulykke, der har rammet en arbeider, har denne ført bevis for, at foreskrevne forholdsregler til betryggelse mod ulykkestilfælde ikke har været iagttagne; fra den anden side bevises, at ulykken skyldes arbeiderens egen uforsigtighed[16].

De under c) og d) belyste sætninger undergaar visse ændringer paa grund af krydsende bevisregler, hvor spørgsmaalet er om skade, forvoldt paa en gjenstand, hvoraf den, af hvem erstatning kræves, selv er i besiddelse. Grundes denne paa en kontrakt (leie, befragtning, fuld-

[16] Jfr. Retst. 1901 p. 481. — Efter det her angivne synspunkt bliver spørgsmaalet om bevisbyrden ved *compensatio culpæ* (jfr. lov om den borgerl. str.l.s ikrafttræden § 25) at besvare.

magt) eller kvasi-kontrakt (*negotiorum gestio*), har besidderen en pligt til at tilbagelevere tingen i samme tilstand, hvori han har modtaget den. For denne pligt bliver han først fri ved at bevise, at dens opfyldelse uden hans egen skyld er bleven umulig. Han maa derfor her bevise, at skaden er hændelig (*casus*). Ved laan befrir efter den positive forskrift i N. L. 5—8—1 selv et saadant bevis ham ikke; og ved depositum lemper loven (N. L. 5—8—11) paa bevisbyrden af hensyn til forholdets gratuite karakter[17].

Hvor besiddelsen skyldes et delikt eller hvor besidderen er vidende om, at tingen er fremmed (*malæ fidei possessor*), vil tilsvarende betragtninger, som de, der gjælder hvor besiddelsen skyldes kontrakt, lede til de samme resultater med hensyn til bevisbyrden. Disse betragtninger kan derimod ikke paaberaabes ligeoverfor en godtroende besidder af fremmed ting (*bonæ fidei possessor*). Imidlertid taler for ogsaa her at opstille en lignende fordeling af bevisbyrden den billighedsbetragtning, at besidderen har lettest for at bevise de forholde, hvorunder tingen har lidt skade.

Spørgsmaalet, om bevisbedømmelsen er fri eller bunden, berører ikke reglerne om bevisbyrden[18].

Heller ikke har det i og for sig nogen betydning for denne, om vedkommende kjendsgjerning er en saadan, der *ex officio* kan tages i betragtning af retten, eller maa paaberaabes af parterne, idet bevisbyrdens fordeling ikke hviler paa forhandlingsgrundsætningen[19].

III. Spørgsmaalet om bevisbyrden har ikke blot betydning for paadømmelsen af det materielle retsforhold, der er processens gjenstand, men ogsaa for de processuelle afgjørelser. Ogsaa her gjælder den sætning, at den, der vil fremkalde en afgjørelse i sin interesse, maa bevise de faktiske forudsætninger. Derfor maa den, der begjærer et

[17] Jfr. forøvrigt om denne artikel Aubert Obligationsrettens specielle del I p. 333—4.

[18] Jfr. Nellemann l c. p. 353, note 1; se ogsaa O. Bähr i Iherings Jahrbücher bd. 25 p. 394 ff.

[19] Jfr. foran p. 346—7; Schmidt Lehrb. p. 436—7.

rettergangsskridt fremmet, bevise, at de processuelle betingelser er tilstede. Sagsøgeren maa saaledes bevise procesforudsætningernes tilstedeværelse, hvor disse er underkastet tvivl. Den, der begjærer en incidentsafgjørelse (f. ex. om en dommers habilitet, om et vidnes udelukkelse eller fritagelse), maa bevise de særlige betingelser herfor[20].

IV. Forskjellige fra de i foregaaende numer omhandlede momenter, der er bestemmende for bevisbyrdens fordeling, er omstændigheder, som i det konkrete tilfælde fremkalder en formodning (præsumtion) for tilstedeværelsen af en kjendsgjerning, for hvilken bevisbyrden paahviler en part[21]. Saadanne omstændigheder forrykker ikke i og for sig bevisbyrden, men udgjør indicier, der letter beviset for den part, hvem bevisbyrden paahviler. Betaling er saaledes utvivlsomt en kjendsgjerning, for hvilken den part, der paaberaaber sig en saadan, har bevisbyrden; men hvor betalingen paastaaes at være skeet kontant, vil dens erlæggelse kunne sandsynliggjøres ved bevis for, at salget var et saadant, hvor kontant betaling er sædvanlig, og at parternes tidligere forhold aldrig har medført nogen kreditgiven[22]. At dokumenter, der tjener til bevis for en rettighed, er i dens besiddelse, der ifølge retsforholdet skulde være forpligtet, vil sandsynliggjøre, at rettigheden er bortfaldt, ligesom omvendt kreditors besiddelse af gjældsbrevet skaber formodning for, at valuta er givet. Fra skadeserstatningslæren frembyder udviklingen p. 456—7 en række exempler paa saadanne indicerende kjendsgjerninger, der letter bevisbyrden uden i og for sig at forrykke den.

En særegen styrke faar saadanne formodninger, naar det er loven selv, der har opstillet dem (*præsumtiones juris*). I saadanne tilfælde er beviset for den kjendsgjerning, hvorpaa sagens afgjørelse beror, at anse som ført ved bevis for den omstændighed, til hvilken lovsformod-

[20] Jfr. Schmidt Lehrbuch p. 446—7, 812.

[21] Denne forskjel er ikke altid skarpt kommen frem i Schweigaards og Nellemanns fremstillinger. Se derimod Ørsted Eunomia IV p. 490—1 samt O. Platou i Retst. 1880 p. 676—7.

[22] Jfr. Hambro l. c. nr. 2106.

ningen er knyttet; og den kan alene afkræftes ved bevis fra den anden side for den nævnte kjendsgjernings ikke-tilstedeværelse, og det selv om dommeren i det konkrete tilfælde ikke finder formodningens styrke overbevisende. Ved dette sidste moment adskiller disse lovsformodninger sig fra de naturlige præsumtioner, hvis vægt altid bliver at bedømme efter forholdenes natur. De legale præsumtioner indeholder derfor i virkeligheden bindende regler for dommerens bevisbedømmelse[23]. Exempler paa saadanne lovsformodninger frembyder de i l. 12 oktbr. 1857 §§ 5—7 opstillede dødsformodninger: Disse virker, saafremt der ikke føres bevis for, at vedkommende person lever, selv om dommeren i det konkrete tilfælde ikke føler sig overbevist om, at han er død. Endvidere den gamle, ogsaa hos os sædvansmæssig anerkjendte regel: *pater est qvem nuptiæ demonstrant:* Bevis for, at moderen lever i ægteskab med en person, skaber formodning for, at hendes barn er denne persons barn, med mindre det bevises, at det er avlet af en anden. Ogsaa denne præsumtion virker uden hensyn til, om dommeren i det enkelte tilfælde maatte finde uægte fødsel ligesaa sandsynlig som ægte.

Ved siden af de heromhandlede saakaldte afbeviselige lovsformodninger har man ogsaa opstillet begrebet uafbeviselige lovsformodninger (*præsumtiones juris et de jure*). Men dette begreb har ingen berettigelse. I disse tilfælde er der nemlig ikke tale om en blot formodning, idet forholdet i virkeligheden er, at loven har knyttet selve retsvirkningerne til den kjendsgjerning, der siges at begrunde den uafbeviselige formodning. Naar man saaledes i de i konkursl. 6 juni 1863 §§ 43 og 44 omhandlede tilfælde har talt om, at der opstilles en uafbeviselig lovsformodning om svig, er dette i virkeligheden en fiktion. Forholdet er, at loven til de der omhandlede kjendsgjerninger knytter adgangen til omstødelse af vedkommende retshandel uden hensyn til, om svig er tilstede.

[23] Jfr. Wendt i Archiv f. civ. Praxis bd 63 p. 287 ff. Se om lovsformodninger i det hele Burchard Die civilistischen Præsumtionen (1866).

§ 97.

BEVISFØRSELEN. a) FORHOLDET MELLEM RETTEN OG PARTERNE.

Det er allerede i det foregaaende gjentagende fremhævet, at den i vor gjældende civilproces strengt gjennemførte forhandlingsmaxime anviser dommeren en i det væsentlige passiv rolle ligeoverfor bevisførselen og lægger bevisets tilveiebringelse helt og udelukkende i parternes hænder[1]. Denne sætning tiltrænger imidlertid i denne forbindelse en nærmere belysning:

1) Dommeren har ingen adgang til *ex officio* at foranstalte bevisoptagelse. Om denne sætning henvises til det i § 70 udviklede. Af det nedenfor i § 128 fremstillede vil det fremgaa, at han endog savner adgang til af egen drift at anordne syn eller besigtigelse af omtvistede gjenstande.

2) Dommeren har paa den anden side ingen adgang til at hindre parterne fra at fremskaffe de beviser, de maatte ønske. Han kan vistnok i medhold af l. 4 juni 1892 § 22 negte parterne den til en bevisoptagelse fornødne udsættelse, hvor den forekommer ham at være ganske overflødig. Men han kan ikke negte at fremme selve bevisførselen alene af den grund, at han finder den unyttig. Han kan saaledes — som allerede i foregaaende paragraf nævnt — ikke hindre, at bevis føres af en part, der ingen bevisbyrde har, og hvis bevisførsel er ganske overflødig, fordi der fra den anden part intet bevis er ført. Han kan heller ikke hindre, at der fremskaffes bevismidler, der er værdiløse for sagens gjenstand, eller at der føres bevis for kjendsgjerninger, der allerede ved, hvad der tidligere foreligger i sagen, maa ansees tilstrækkelig fastslaaede, eller om erfaringssætninger, der henligger under rettens bedømmelse[2].

[1] Se foran p. 349—350 og 436—7 jfr. p. 40—44.

[2] Jfr. Retst. 1897 p. 201 (optagelse af skjøn om forhold, der bliver at bedømme af retten). — Se om det tilsvarende spørgsmaal for straffeprocessens vedkommende Forelæsningerne over denne p. 318 ff. — I fransk og tysk civilproces forudsætter parternes bevisførsel en beslut-

3) Ligesaalidt som retten saaledes har adgang til at begrænse det kvantitative omfang af parternes bevisførsel, ligesaalidt har den nogen anledning til at øve nogen indflydelse paa dets kvalitative art. Den har saaledes ingen midler til under sagens gang at virke til, at de efter tilfældets beskaffenhed bedste bevismidler vælges, at f. ex. personer, der kan forklare sig umiddelbart om bevisgjenstanden, foretrækkes som vidner for personer, der alene kan meddele, hvad de derom har hørt af andre, at retsligt skjøn anvendes istedetfor vidneførsel, hvor derved en paalideligere udtalelse vil kunne erholdes, o. s. v. Feilgreb fra parternes side i denne henseende kan saaledes ikke af dommeren forebygges; de faar først sin betydning derved, at de valgte bevismidler kan vise sig utilstrækkelige til at fremkalde den tilstræbte overbevisning hos dommeren.

4) Dommerens procesledende virksomhed ved bevisførselen er væsentlig indskrænket til overensstemmende med de regler, som nedenfor under de enkelte bevismidler nærmere vil blive fremstillede, at lede afhørelsen af vidner og skjønsmænd og lade udføre de granskninger, som parterne begjærer foretagne, samt besørge resultaterne skriftlig nedtegnede i protokollen. Han har herunder at virke til at hindre misforstaaelser og modsigelser, men har forøvrigt i de regelmæssige tilfælde ikke at udfolde noget selvstændigt initiativ til at udfylde parternes virksomhed.

Undtagelse fra disse regler gjælder for visse former af den extraordinære civilproces, hvorom henvises til syvende hovedafsnit[3].

ning af retten jfr. *code de procedure civile* art. 255 ff., den tyske civilproceslov § 359; og herigjennem faar retten adgang til at øve indflydelse paa bevisførselens omfang; jfr. om den tyske ret den oplysende fremstilling i Plancks Lehrbuch II § 108.

[3] Se ogsaa foran p. 351—2.

§ 98.

BEVISFØRSELEN. b) BEVISFØRSEL UDENFOR DEN DØMMENDE RET. SÆRLIG OM BEVISFØRSEL I UDLANDET OG BEVISFØRSEL TIL BRUG I UDLANDET.

Vor gjældende civilproces har, som allerede foran nævnt, ikke gjennemført fordringen til, at beviset skal føres umiddelbart for den ret, der skal dømme i sagen[1]. Navnlig vil de snevre stedlige grænser, der er trukne for vidners mødepligt i civile sager (N. L. 1—13—2, hvorom mere nedenfor i § 109), hyppig nødvendiggjøre bevisførsel ved andre retter; og det samme kan ved syn og skjøn være en følge af, at gjenstanden for samme befinder sig indenfor en fremmed jurisdiktion og ikke lader sig flytte. Ogsaa de gjældende indskrænkninger i retternes saglige kompetens[2] medfører nødvendigheden af bevisførsel for fremmede retter.

Det flyder af det i foregaaende paragraf udviklede, at det er parternes egen sag at foranstalte en saadan bevisførsel ved at udtage de i den anledning fornødne stevninger og anhængiggjøre (bevis)-sagen for vedkommende ret. Nogen kjendelse fra den i hovedsagen dømmende ret udkræves hertil ikke. Den sidstes medvirkning indskrænker sig til at bevilge den fornødne udsættelse i hovedsagen. Herved vil den imidlertid kunne tage i betragtning saavel, at den tilsigtede bevisførsel overhovedet forekommer den unyttig, som at bevisførselen ligesaa godt kan fremmes ved hovedsagens ret (f. ex. hvor skjønsgjenstanden er flytbar).

Naar bevisførselen for den fremmede domstol er afsluttet, har den part, der vil benytte den, at erhverve aktudskrift af det passerede og fremlægge denne i hovedsagen.

De nærmere regler for saadan bevisførsel, der iøvrigt i det væsentlige er de samme som, hvor bevisførselen finder sted uden forbindelse med nogen retssag, vil frem-

[1] Jfr. foran p. 54—6.
[2] Jfr. foran § 31.

gaa af den følgende fremstilling af de enkelte bevismidler. Her skal alene nærmere behandles de regler, der knytter sig a) til bevisoptagelse i udlandet til brug for en indenlandsk sag samt b) bevisoptagelse i indlandet til brug for en udenlandsk retssag.

a) Skal der i udlandet optages bevis til brug for en indenlandsk retssag, vil vedkommende part paa egen haand kunne foranstalte det fornødne, saafremt der paa det fremmede sted gjælder den samme frihed for parterne til bevisoptagelse som efter vor ret. Efter de fleste vigtigere fremmede lovgivninger er imidlertid en fra parten selv udgaaende begjæring ikke tilstrækkelig, idet det udkræves, at begjæringen udgaar fra en offentlig autoritet, regelmæssig en domstol. Medens der efter den tidligere ret savnedes adgang til at erholde rettens begjæring om bevisers optagelse, er der nu ved l. 28 juni 1897 §§ 1—5 (jfr. traktat af 27 april 1899 art. 5—10)[8] givet regler herom:

Den part, der ønsker bevisoptagelse ved en udenlandsk domstol, kan hos den ret, ved hvilken sagen henstaar, begjære udfærdiget en retsanmodning om den attraaede bevisoptagelse, en begjæring, der maa ledsages af de fornødne oplysninger om bevisoptagelsens art, øiemed o. s. v., samt, om det forlanges af retten, af sikkerhedsstillelse for omkostningerne (§ 1). Retten afgjør, om og i hvilken udstrækning begjæringen skal efterkommes. Forinden afgjørelsen træffes, skal der være givet modparten anledning til at udtale sig (§ 2).

I sager, hvor retten paa embeds vegne har at drage omsorg for sagens tilstrækkelige oplysning, kan retten ogsaa af egen drift beslutte udfærdigelse af saadan retsanmodning; dog skal den, inden beslutning fattes, have givet parterne anledning til at udtale sig (§ 4).

Anmodningen, der rettes til vedkommende fremmede domstol, udfærdiges af retten eller, hvor denne bestaar af flere medlemmer, af formanden, og fremsendes gjennem justitsdepartementet (§ 3). Anmodningen skal indeholde en kort fremstilling af det forhold, der ligger til grund

[8] Jfr. om denne traktat foran p. 90 med note 14.

for søgsmaalet, samt en nøiagtig angivelse af, hvad der begjæres foretaget. Ønskes nogen særlig form eller fremgangsmaade iagttagen, bør dette udtales, og særlig bør det oplyses, hvorvidt nogen af parterne skal varsles til forretningen og i tilfælde, med hvilket varsel. Hvor ikke samtykke foreligger, bør parterne altid begjæres varslede (§ 3, 2det led) At saadant varsel ikke er givet, bør efter den form, hvori forskriften er given, ikke antages at gjøre bevisoptagelsen ugyldig, men kan blive at tage i betragtning ved bedømmelsen af bevisets vægt[4].

b) Bevisoptagelse her i riget til udenlandsk brug kan ske efter privat initiativ ganske som bevisoptagelse til brug for indenlandsk domstol. Paa grund af retstilstanden i de vigtigere fremmede lande er det imidlertid det hyppigste, at anmodninger om bevisoptagelse udgaar fra den fremmede domstol. Ved l. 28 juni 1897 § 6 (jfr. den foran anførte traktat af 1899)[5] er det nu foreskrevet, at saadanne anmodninger, forsaavidt ikke anderledes af kongen bestemmes, alene bliver at efterkomme, hvor de fremsendes gjennem vedkommende regjeringsdepartement (justitsdepartementet). Skal bevisoptagelse finde sted i henhold til saadan anmodning, har dommeren efter samme lovs § 7 paa embeds vegne at foretage det fornødne til bevisoptagelsens fremme; dog kan han under særlige omstændigheder med samtykke af vedkommende regjeringsdepartement hertil antage en sagfører. Forudgaaende forligsmægling er ufornøden, ligesom varsel til parterne ikke behøver at gives, med mindre det udtrykkelig maatte være forlangt. Er i anmodningen nogen særskilt form eller fremgangsmaade forlangt iagttaget, skal dette saavidt muligt ske, med mindre dens iagttagelse maatte være at anse som forbudt efter norsk ret[6].

De i det foregaaende fremstillede regler om retsan-

[4] Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2305.

[5] Jfr. ogsaa søf.l. 20 juli 1893 § 325.

[6] Omkostningerne bliver at udrede af den rekvirerende fremmede myndighed; jfr. imidlertid l. 1897 § 8, 2det led, hvorefter kongen under forudsætning af gjensidighed kan bestemme, at efterkommelsen af saadanne anmodninger skal ske uden betaling.

modninger gjælder uden hensyn til bevisoptagelsens art. De maa saaledes finde anvendelse ikke blot paa vidneførsel og bevis ved sagkyndige (syn og skjøn), men ogsaa paa partsed[7].

§ 99.

BEVISFØRSELEN. c) TIDSPUNKTET FOR DENNE. BETYDNINGEN AF BEVIS OPTAGET UNDER EN ANDEN SAG.

I. Bevisførselen er ikke i vor ret henlagt til noget bestemt afsnit af processen. Da, som før forklaret, eventualmaximen ikke, forsaavidt angaar forhandlingen ved samme instans, finder anvendelse paa beviser, kan disses førelse ske saa ofte, som vedkommende part har ordet.

Adgangen til bevisførsel begrænses paa den ene side a) ved sagens paadømmelse, paa den anden side b) ved sagsanlægget. Indenfor disse grænser kan bevisførsel naarsomhelst og i hvilkensomhelst udstrækning finde sted. Alene udsættelsesreglerne kan her faktisk bevirke en indskrænkning. Om selve de nævnte grænser bemærkes iøvrigt:

Ad a) Allerede ved sagens optagelse til doms lukkes efter det foran i § 91 anførte adgangen for parten til ensidig at foranstalte bevisførsel; men da reassumtion med begge parters samtykke staar aaben, saalænge sagen ikke er paadømt, er det i virkeligheden dette sidste tidspunkt, der bliver det afgjørende. Er dommen ikke endelig, men underkastet appel, vil bevisførsel kunne finde sted til brug for appelinstansen, men benyttelsen af disse beviser for-

[7] Jfr. dept.skr. 11 marts 1898. — Den svenske lov om «handräckning åt utländsk domstol» af 6 marts 1899 § 7 har særskilte regler om aflæggelse af partsed ved svenske domstole til brug for udenlandsk rettergang. Derimod giver loven af s. d. om «vittnesförhör vid utländsk domstol» ikke nogen adgang for svenske domstole til at anordne en partsed, der bliver at aflægge ved udenlandsk domstol, ligesom heller ikke til indhentelse af bevis ved sagkyndige i udlandet. Jfr. herom E. Trygger Kommentar til de nævnte love (1901) p. 33—4. — Jfr. foran § 13, note 21. Jfr. iøvrigt om partsed nedenfor p. 509.

udsætter enten bevilling eller tilstedeværelse af de særlige betingelser for fremlæggelse af nye bevisligheder i overinstansen, der omhandles i N. L. 1—13—28; herom mere i afsnittet om appel (§ 150).

En undtagelse fra den regel, at bevisførsel maa ske før dommen, gjælder ved partsed, der hos os altid aflægges efter dommen, og ved det saakaldte supplerende skjøn, hvorved en tilkjendt erstatnings beløb bliver at bestemme. I retsbrugen ser man ogsaa af og til, at domme gjøres betinget af en vidneeds aflæggelse[1]; men denne praxis er uden lovhjemmel og i strid med grundsætningen i N. L. 1—5—12.

Ad b) Hvad det tidligste tidspunkt for bevisførselen angaar, haves bestemmelser i forl.l. 1824 § 34, hvorefter tingsvidne — hvormed retsligt syn og skjøn maa sættes i klasse — ikke tilstedes, før der har fundet forligsmægling sted i sagen, hvorved bemærkes forl.l. §§ 37 og 59, der viser, at det er tilstrækkeligt, at sagen er indbragt for kommissionen til mægling, uden at denne behøver at være tilendebragt. Undtagelse fra hovedregelen tilstedes kun, hvor der er fare for, at et vidnesbyrd kan tabes («naar vidnerne ligger enten paa sotteseng eller paa deres reise»)[2].

II. Forskjelligt fra, om end beslægtet med det i foregaaende numer behandlede, er spørgsmaalet, om parterne under en proces kan benytte en bevisførsel, der har fundet sted uden forbindelse med nogen retssag (f. ex et arvelegitimationsvidne, en søforklaring med skjøn og besigtigelse), eller som er foregaaet i en anden sag, med andre ord, om en bevisførsel overhovedet nødvendigvis maa have fundet sted under den sag, under hvilken den agtes benyttet[3].

[1] Jfr. Retst. 1855 p. 512—13.

[2] Jfr. iøvrigt om bestemmelsen i forl.l. § 34 foran p. 115—6; Schweigaard §§ 99, 102 og 122. — Jfr. ogsaa l. om retsanmodninger 28 juni 1897 § 4, 2det led, om bevisoptagelse i udlandet, før søgsmaal endnu er anlagt.

[3] Jfr. Schweigaard § 110. Spørgsmaalet er her alene opkastet for tingsvidners vedkommende; men det opstaar paa samme maade ved

Under en rettergang, der ikke gjennemfører kravet til bevisets umiddelbarhed, kan dette spørgsmaal ikke ubetinget besvares benegtende. Under det materielle bevissystem beror bevisførselens vægt paa dens evne til at paavirke dommerens overbevisning om visse kjendsgjerningers tilstedeværelse, og denne bevisførselens virkning staar ikke i nogen nødvendig sammenhæng med de retslige følger, der i den konkrete retssag udledes af disse kjendsgjerninger. Imidlertid vil det dog ikke kunne bestrides, at det øiemed, hvori bevisførselen sker, kan øve sin indflydelse paa den, og at parten ofte med føie vil kunne gjøre gjældende, at han, om den gjentoges under den nu verserende sag, vilde kunne drage omsorg for, at den fik en fyldigere, maaske ogsaa en rigtigere skikkelse. Navnlig gjælder dette, hvor den part, mod hvem beviset maa benyttes, ikke har været tilstede under dets førelse. Denne betragtning burde naturlig lede til, at parten skulde kunne kræve et saadant bevis sat helt ud af betragtning, forsaavidt der var adgang til at gjentage det under den verserende sag, og at det kun, hvis adgangen hertil var lukket (vidnet f. ex. død, skjønsgjenstanden tabt), blev at tage det hensyn til det, som efter omstændighederne kunde findes rimeligt. Som lovgivningen er, synes det imidlertid tvivlsomt, om man er beføiet til at opstille en saadan sondring, der heller ikke er kjendt i retsbrugen, hvor man uden forskjel antager som bevis oplysninger, der er tilveiebragte i anledning af tidligere retssager[4]. Saa meget mindre kan der da være til hinder for, at der ved en og samme retshandling (tingsvidne, skjønsforretning) tilsigtes tilveiebragt bevis til brug for flere samtidige retssager[5].

andre bevismidler, og særlig gjør sig ved syn og skjøn ganske de samme betragtninger gjældende som ved vidneførsel.

[4] Retst. 1897 p. 746. Hermed stemmer ogsaa teorien (jfr. Schweigaard § 110), der imidlertid bygger paa en urigtig lære om bevisførselens judicielle karakter, hvorom mere nedenfor i § 112.

[5] Jfr. f. ex. Retst. 1887 p. 449 ff.

§ 100

HVORVIDT BEVISREGLERNE ER BINDENDE ELLER FRAVIGELIGE.

Deraf, at parterne regelmæssig har fri forføining over det retsforhold, der er civilprocessens gjenstand, følger ikke med nødvendighed, at de ogsaa kan forføie over beviset. Ti dette sidste vedrører retshaandhævelsen; og der kan derfor være gode grunde til paa dette omraade at drage snevrere grænser for parternes forføiningsret[1]. Der synes her at maatte gaaes ud fra følgende betragtninger:

Da dommeren i en civil sag efter vor ret ikke for sin egen skyld kræver bevis for de af parterne paastaaede kjendsgjerninger, og disse saaledes bliver at lægge til grund for afgjørelsen, naar de ikke bestrides, maa det vistnok antages, at parterne ogsaa paa forhaand kan give afkald paa at bestride en af modparten paastaaet kjendsgjerning og derved altsaa give modparten krav paa, at en kjendsgjerning antages uden bevis[2]. For at være bindende maa imidlertid en saadan bevisaftale knytte sig til bestemte kjendsgjerninger, ikke ubestemt til f. ex. alt, hvad modparten under en proces maatte paastaa, da en saadan aftale vilde være altfor bebyrdende.

Betænkeligheden ved at tilstede aftaler som de her omhandlede ligger væsentlig i følgende betragtning: Hvis en part, som har forpligtet sig til ikke at bestride en kjendsgjerning, desuagtet ikke alene bestrider den, men fremlægger fuldt bevis for dens ikke-tilværelse, eller hvis en part, som har givet afkald paa at bevise en kjendsgjerning, dog fører fuldt bevis for den, vil retten, naar aftalen skal ansees bindende, ved parternes forføining blive underkastet en indskrænkning i henseende til sin overbevisning, der kan synes mindre forenelig med dommerstillingen. Han kan blive nødsaget til at lægge til grund for sin afgjørelse kjendsgjerninger, om hvis ikke-tilværelse

[1] Jfr. især Bülow i Archiv f. civ. Praxis bd. 64 p. 62 ff.

[2] Denne sætning er dog ikke ubestridt; jfr. Wach i Arch. f. civ. Praxis bd. 64 p. 228 ff.; O. Bülow Das Geständnissrecht (1899) p. 37 ff.

han er overbevist, eller til ved sin dom at se bort fra afgjørende kjendsgjerninger, om hvis tilværelse han er overbevist. Herved maa imidlertid bemærkes, at vor gjældende ret, som allerede gjentagende i den tidligere fremstilling paavist, ikke i civilprocessen har gjennemført den materielle sandheds princip eller det princip, at dommeren, saavidt han har adgang dertil, skal lægge det virkelige faktiske forhold til grund. Parterne har i vid udstrækning adgang til at begrænse det omraade, paa hvilket dommeren overhovedet har at danne sig nogen overbevisning, og paa hvilket derfor en saadan overbevisning er af nogen betydning.

Heraf følger dog ikke, at parterne ogsaa har adgang til at hindre dommeren i henseende til den maade, hvorpaa hans overbevisning med hensyn til relevante kjendsgjerninger bliver til. Et er, at parterne kan sige til dommeren: Med hensyn til det eller det faktum behøver du ikke at danne dig nogen overbevisning, og har du nogen saadan, maa du se bort fra den; noget ganske andet vilde det være, om de skulde kunne sige til ham: Om det eller det faktum har du vistnok at danne dig en overbevisning; men denne skal du alene erhverve dig paa den af os foreskrevne maade. Der burde derfor ikke være adgang for parterne til at: 1) aftale et særeget maal for beviset (f. ex. forudgaaende aftale om, at dommeren i alle tilfælde skal anse et ensligt vidneprov tilstrækkeligt, at dommeren intet hensyn skal tage til omstændigheder, der svækker et vidnes troværdighed, eller efterfølgende enighed om, at et ført bevis skal ansees tilstrækkeligt)[3], 2) aftale andre bevismidler end de i loven hjemlede eller disses benyttelse under andre vilkaar end de i loven opstillede (f. ex. partsed jfr. forl.l. 1824 § 66), 3) aftale, at beviset alene skal kunne føres paa en bestemt maade, saa at der intet hensyn skal tages til andre bevismidler, selv om disse er anerkjendte som lovlige (f. ex. aftale, at bevis for en ved brand lidt skade ligeoverfor assurandøren alene skal kunne føres ved en paa forhaand opgjort in-

[3] Jfr. om det sidste tilfælde Bülow Geständnissrecht p. 254.

ventariefortegnelse)[4], 4) give afkald paa de former for bevisførselen, hvorved loven har søgt at opnaa betryggelse for de enkelte bevismidlers bevisværd (f. ex. for vidners vedkommende aftale, at et udenretsligt vidneprov skal have samme virkning som et retsligt, at eden skal aflægges efter istedetfor før forklaringen eller omvendt, eller aftale om andre bekræftelsesformer end de i loven anordnede).

Det lader sig dog ingenlunde paastaa, at disse sætninger er anerkjendte i retsbrugen. Der tilstedes vistnok ikke parterne gjennem aftaler at begrunde anvendelsen af ed udenfor de lovbestemte tilfælde. Men iøvrigt synes det hos os at være bleven den fastslaaede lære, at naar parterne kan tvinge dommeren til at se bort fra kjendsgjerninger, som de er enige i ikke at paaberaabe sig, maa de ogsaa kunne tvinge ham til at se bort fra beviser for kjendsgjerninger, om hvilke de har truffet den aftale, at de ikke skal komme i betragtning, og at de, naar de kan tvinge ham til at lægge kjendsgjerninger til grund for sin dom uden hensyn til, om de er virkelige, ogsaa maa kunne tvinge ham til at bygge sin antagelse af kjendsgjerningernes tilstedeværelse paa beviser, der i sig selv ikke er fyldestgjørende, men som parterne har aftalt skal være det[5].

Ganske rent kan dog denne lære ikke gjennemføres; og navnlig vil det fremgaa af det følgende, at ialfald visse former for bevisførselen maa betragtes som ufravigelige. Som en afvigelse herfra kan det neppe betragtes, at retsbrugen tilsteder undladelse af edfæstelse, naar begge parter er enige derom. Ti heri ligger ikke mere end et udtryk for, at den garanti for vidnesbyrdets troværdighed, som dets edelige bekræftelse er bestemt til at skabe, her ansees tilveiebragt ved den omstændighed, at begge parter er enige om at skjænke det tiltro[6].

[4] Jfr. Bülow Arch. f. civ. Pr. p. 64.

[5] Jfr. Schweigaard § 96 (særlig om, at tilstedeværelsen af vidneinhabilitet ophører at virke, naar parterne har vedtaget vidnet som habilt).

[6] Jfr. Schmidt Lehrbuch p. 485—6.

B. DE ENKELTE BEVISMIDLER

§ 101.

OVERSIGT.

Af det foran p. 436 forklarede vil det fremgaa, at der egentlig kun gives tvende arter bevismidler: ting, der beviser ved sin tilværelse eller sine egenskaber, og meddelelser af personer. Imidlertid gjælder der for de bevisende meddelelser forskjellige regler, eftersom de hidrører fra parterne eller udenforstaaende tredjemand, og i sidste tilfælde atter, eftersom denne tredjemand alene af en af parterne er kaldet til at afgive forklaring (vidne), eller han er opnævnt hertil (syns- og skjønsmand), ligesom det kommer i væsentlig betragtning, om meddelelsen er afgiven i retten eller foreligger i form af et skriftstykke. I sidste tilfælde er bæreren af meddelelsen en ting; og hensynet hertil gjør det anvist at behandle dokumentbeviset i forbindelse med de reelle bevismidler.

Der her antydede sondringer ligger til grund for den følgende inddeling af bevismidlerne.

I. PARTERNES UDTALELSER

§ 102.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

Som almindelig hovedregel gjælder her den allerede foran (p. 401) paapegede sætning, at parternes udtalelser ikke kan bruges som direkte bevis for de kjendsgjerninger, hvorom de udtaler sig. Selv om dommeren af hensyn, være sig til partens egen personlige troværdighed eller til det troværdige indtryk, selve hans fremstilling gjør, maatte føle sig overbevist om dennes overensstemmelse med sandheden, har han at se bort derfra, naar fremstillingen ikke støttes ved andre beviser. Noget andet er det, at partens procedyre kan levere indicier for en

paastands sandhed eller usandhed (hvor det f. ex. overføres en part, at hans benegtelse ialfald gaar videre end stemmende med sandheden, og at han herom maa have været vidende, vil deri ligge et indicium mod rigtigheden af hans benegtelse overhovedet)[1].

Vor ret kjender heller ikke i den almindelige civilproces nogen adgang til afhørelse af parterne med det formaal at udlede bevis af de under afhørelsen fremkomne udtalelser. En saadan adgang kjendes kun i visse tilfælde af den extraordinære civilproces[2], hvorom mere under fremstillingen af denne. I disse tilfælde finder en afhørelse uden edfæstelse sted, medens efter strpl.s §§ 450 jfr. 437 parterne endog kan afhøres under ed[3].

Efter vor gjældende procesret kommer parternes udtalelser kun under følgende tvende forudsætninger i betragtning som bevis: a) Naar de indeholder en tilstaaelse med hensyn til en for begrundelsen af modpartens paastand relevant kjendsgjerning. b) Naar udtalelsen er bekræftet ved en af retten paalagt partsed, eller naar parten tiltrods for saadant paalæg har undladt at aflægge

[1] Jfr. iøvrigt nedenfor § 125 om beviskraften af skriftstykker, hidrørende fra parterne.

[2] Jfr. frdn. 29 mai 1750 § 3 (ægteskabsskilsmisse *propter desertionem*); frdn. 8 marts 1799 (politisager); l. 12 oktbr. 1857 § 7 (dødsformodningssager); love af 6 marts 1869 § 12 og 4 mai 1901 § 34 (sager til erhvervelse af eiendomsdomme vedkommende fast eiendom eller skib).

[3] Ledet af betragtninger, der er antydede foran i slutningen af § 8, tilsigter derimod det foreliggende udk. til r. l. i videst mulige udstrækning at tilgodegjøre parternes forklaringer til belysning af sagsforholdet; se udk.s kap. XII. En formel bekræftelse af parternes forklaring ved en forsikring saaledes som for vidneforklaringer anordnet skal dog alene finde sted efter rettens særlige beslutning. En beslægtet ordning har den nye østerrigske civilproceslov (se herom Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1899 p. 296 ff.), medens den franske og den tyske civilproceslov væsentlig kun anvender parternes forklaring som middel til at faa klarhed over deres proceserklæringers indhold, ikke som bevismiddel (Hagerup l. c p. 298). Videst gaar den engelske ret, der helt — ogsaa i henseende til edfæstelse — ligestiller parter med vidner (Hagerup i Tidsskr. f. retsv. 1898 p. 369 ff.). — Se i det hele G. Gram Om afhørelse af parter i civil sag i Retst. 1883 p. 209 ff.; Smedal Om parters personlige afhørelse i civile retssager (Forhandlingerne ved niende nord. juristmøde 1899); Getz Udredninger p. 5—6.

eden. Hvori denne edelige udtalelse af parten adskiller sig fra en edelig afhørelse af parten som vidne, samt med hvilken føie partsed overhovedet kan betragtes som bevismiddel, vil blive paavist i § 104.

§ 103.

a) Egen tilstaaelse[1].

I. Der maa her holdes ud fra hinanden følgende forskjellige synspunkter, der alle kan faa betydning for bedømmelsen af den egne tilstaaelses retslige virkninger:

1) Eventualmaximen medfører, at en med hensyn til modpartens faktiske anførsler afgiven erkjendelse ikke paa et senere trin af processen uden videre kan tilbagekaldes og erstattes med en benegtelse. Dette beror, som paavist i § 80, ikke paa nogen dispositiv viljeserklæring, men paa præklusionsprincipet: de i rette tid forsømte benegtelser er prækluderede. Derfor er der i denne henseende ingen forskjel mellem den udtrykkelige erkjendelse og den undladte benegtelse, ligesaalidt som det kommer i betragtning, om vedkommende part var sig de præklusive følger af sit forhold bevidst eller ikke. Paa den anden side virker, som før forklaret, den i eventualprincipet liggende præklusion ikke i tilfælde, hvor parten kan paaberaabe sig en undskyldelig vildfarelse som grund for, at erkjendelse er afgiven eller benegtelse tidligere er undladt, saaledes f. ex. hvor en, der sagsøges af en persons angivelige arving til betaling af en arveladeren tilkommende fordring, oprindelig har undladt at fremsætte nogen benegtelse og først under processen faar kundskab om, at sagsøgeren ikke er den virkelige arving.

[1] Ørsted Udførlig fremstilling af læren om egen tilstaaelses juridiske virkning i civile retstrætter i Eunomia III p. 462 ff.; Schweigaard § 81; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 75 ff. jfr. § 34; Deuntzer Civilproces § 34; Afzelius Om betydelsen af eget erkännande i civilprocessen i Tidsskr. f. retsv. 1889 p 93 ff. Hovedskriftet i fremmed litteratur er O. Bülow Das Geständnissrecht (1899). Ældre litteratur findes anført af Schmidt Lehrbuch § 84.

2) Forhandlingsmaximen[2] medfører, at dommeren ikke har at spørge efter bevis, forsaavidt angaar uomstridte forhold, og derfor, naar tilstaaelse foreligger, har at lægge til grund for sin dom, hvad parterne er enige om. Dette gjælder imidlertid kun, saalænge tilstaaelsen foreligger. Er den tilbagekaldt, ophører den her paaberaabte grundsætning at virke.

Hvorvidt der (uafhængig af de legislative betragtninger, der ligger til grund for eventualmaximen) kan være opfordring for en proceslovgivning til positivt at afskjære adgangen til med virkning at tilbagekalde egen tilstaaelse eller knytte virkningen af en tilbagekaldelse til visse vilkaar (bevis for vildfarelse[3]), synes tvivlsomt. Der anføres herfor, at en part, der ikke tager det nøiere med sandheden end, at han afgiver tilstaaelse om en ham ufordelagtig kjendsgjerning uden hensyn til, om den er virkelig, ingen bedre skjæbne fortjener end at holdes fast ved sit ord og at afskjæres adgangen til vilkaarlig, saasnart det behager ham, at ændre standpunkt[4]. Herved tages der dog ikke tilstrækkeligt hensyn til, at en tilstaaelse med hensyn til kjendsgjerninger, der er parten ubekjendte, ingenlunde altid skyldes letsindighed fra hans side, men hyppig vil have sin grund enten i ønsket om at undgaa unødig strid eller i en i og for sig tilgivelig mangel paa oversigt over den tilstaaede kjendsgjernings hele betydning for sagen, og at det særlig vil være ubilligt at lade parten være bunden ved sin tilstaaelse, naar det tilstaaede forhold ved udvidelse af sagen faar en større rækkevidde, end oprindelig forudsat. En betryggelse mod letsindige tilstaaelser og vilkaarlige tilbagekaldelser vil altid ligge i tilstaaelsens virkning paa bevisbedømmelsen (jfr. nedenfor under 4).

[2] Jfr. foran p. 349 og 401—2.

[3] Den franske *code civil* art. 1356 tillægger kun tilbagekaldelsen virkning, naar faktisk vildfarelse bevises. Den tyske civilproceslov § 290 kræver baade bevis for vildfarelse (der forøvrigt kan være saavel juridisk som faktisk) og bevis for, at det tilstaaede er usandt. Saaledes ogsaa det norske proceslovudk. af 1868 kap. 15 § 3 a. Om udk. til r. l. se nedenfor note 15.

[4] Se Bülow l. c. p. 98.

3) De under 1) og 2) omhandlede virkninger af tilstaaelsen kan tænkes forstærkede derved, at vedkommende part overtager en forpligtelse til at lade den tilstaaede kjendsgjerning danne grundlag for dommen, hvad enten den maatte være sand eller ikke. Efter hvad der er udviklet i § 100, vil en dispositiv viljeserklæring af denne art efter vor ret ikke uden videre kunne frakjendes retsgyldighed. Den vilde hos den, der afgav den, forudsætte handledygtighed og raadighed over sagen; og den vilde blive at bedømme efter de for retshandler gjældende regler. Disse medfører, at viljeserklæringen kan fremkomme saavel stiltiende som udtrykkelig. Men hvad der bestemt maa fastholdes, er, at en processuel tilstaaelse i og for sig — naar ikke særlige omstændigheder kommer til — ikke indeholder nogen forpligtelseserklæring, men alene et udtryk for vedkommendes opfatning af forholdet, uden at han tilsigter at binde sig: han tilstaar, fordi han antager den paastaaede kjendsgjerning for sand, eller fordi han anser den betydningsløs og derfor ikke vil gjøre unødige vanskeligheder. En forpligtelsesvilje kan her aldrig præsumeres[5].

[5] Den ældre teori gik i almindelighed ud fra, at en tilstaaelse altid, hvor parten var raadig over sagen, maatte antages at indeholde en dispositiv viljeserklæring. Denne opfatning tør i sin oprindelse hænge sammen med en misforstaaelse af den romerske ret. Denne sondrede mellem *confessio in jure* og *confessio in judicio*. Den første var en for prætor afgiven dispositiv anerkjendelse af selve det fra sagsøgerens side reiste retskrav og endte definitivt tvisten (*confessus pro judicato est*; *c. un.* C. 7. 59), medens den for dommeren aflagte tilstaaelse, der forøvrigt kun sjelden omtales i kilderne, havde en væsentlig anden karakter. Denne i tingen selv begrundede forskjel bevarede sin betydning ogsaa efter formularprocessens ophævelse, hvad navnlig er overbevisende godtgjort af Demelius i skriftet Die *confessio* im römischen Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebungen (1880). Den justinianeiske lovsamling havde imidlertid alene særegne bestemmelser om den tilstaaelse, der virkede som anerkjendelse af klagen (titlerne *de confessis* Dig. 42. 2, C. 7. 59); og idet den senere jurisprudens oversaa disses sammenhæng med den gamle *confessio in jure* og antog al forskjel mellem de forskjellige arter *confessio* bortfalden med ophævelsen af forskjellen mellem forhandlingen *in jure* og *in judicio*, overførte den de i de nævnte titler indeholdte bestemmelser paa enhver retslig tilstaaelse. Saaledes blev det allerede i middelalderen et axiom i den romersk-kano-

Hvad virkningerne af den dispositive tilstaaelse angaar, adskiller disse sig navnlig derved fra de af eventualmaximen flydende, at en saadan bindende erkjendelse ikke kan fragaaes alene ved bevis for undskyldelig vildfarelse. Ti forsaavidt som denne vildfarelse kun bestaar deri, at den tilstaaende part ansaa det tilstaaede for sandt, er dette en vildfarelse i henseende til motiverne, der ikke efter de almindelige regler kan tillægges betydning, med mindre det, vildfarelsen angaar, er gjort til en kjendelig udtalt forudsætning for viljeserklæringen[6]. Kun hvor vild-

niske proces, at den retslige tilstaaelse havde en bindende karakter, hvilken sætning ogsaa gik over i den «gemeine» tyske proces, hvor eventualmaximens gjennemførelse bidrog til yderligere at befæste den (se saaledes Gönner Handb. des gemeinen Civilprozesses, 1804, bd. 2 nr. 43 og Wetzell System des ordentl. Civilprozesses § 19). Det overveiende antal nyere forfattere har i denne sætning set et udtryk for, hvad der flød af sagens natur, uafhængig af procesformen; og saaledes forklares det, at ogsaa de nyere lovgivninger, der ikke gjennemfører eventualmaximen, tillægger tilstaaelsen en bindende virkning, der gaar ud over, hvad der tilsiges ved dens egenskab af bevismiddel. Herved synes der forøvrigt at have raadet nogen uklarhed over, hvorvidt det alene skulde opstilles som en formodning (*præsumtio juris*), at parten ved sin tilstaaelse i en civil sag tilsigter at binde sig, under hvilken forudsætning det maatte staa ham frit for at afbevise denne formodning (noget, der bl. a. vilde kunne ske ved bevis for vildfarelse, uundskyldelig ligesaavel som undskyldelig), eller hvorvidt tilstaaelse altid uvægerlig skulde gjælde som bindende, i hvilket tilfælde det i virkeligheden vilde bero paa en fiktion, naar man førte den tilbage paa den tilstaaendes vilje. Ligeledes har der hersket uenighed om den nærmere formulering af, hvad den tilstaaende parts forføining skulde antages at indeholde («afkald paa retten til at bestride» — Planck Lehrbuch p. 316 ff. — «den vilje at lade den tilstaaede kjendsgjerning gjælde som sand» — Wach i Arch. f. die civ. Praxis bd. 64 p. 202 ff.) En grundig imødegaaelse af disse teorier (hvis uholdbarhed allerede er paavist i første udgave af nærværende skrift p. 400—1) indeholder nu det i note 1 citerede skrift af O. Bülow. — Hvad vor teori angaar, staar Ørsted, der i dansk og norsk ret har grundlagt læren, paa det samme standpunkt som den samtidige fremmede doktrin; og han ser i den retslige tilstaaelse overalt, hvor parten er raadig over sagen, en dispositiv forføining, og betragter den kun, hvor denne forudsætning ikke er tilstede, som bevismiddel; og det samme standpunkt indtager Schweigaard, der i det væsentlige kun gjengiver Ørsted samt Nellemann.

[6] Allerede af denne grund kan nyere loves bestemmelse om, at tilbagekaldelse af tilstaaelse kun tillægges virkning ved bevis for vild-

farelsen ophæver overensstemmelsen mellem vilje og viljeserklæring, gjør den tilstaaelsen uforbindende. Endnu mindre end vildfarelse kan naturligvis det blotte bevis for det tilstaaedes usandhed ophæve virkningen af en tilstaaelse som den heromhandlede, hvis særkjende jo netop bestaar i, at dette moments uvæsentlighed vedtages[7].

4) Endelig besidder den egne tilstaaelse en vis bevisværdi, beroende paa den betragtning, at det er usandsynligt, at en person skulde tilstaa en kjendsgjerning, der bruges som angrebsmiddel mod ham i en retssag, eller hvoraf der overhovedet kan udledes for ham uheldige retslige følger, med mindre den er virkelig. Denne betydning af egen tilstaaelse er den eneste, der gjør sig gjældende i straffeprocessen, hvor eventualmaximen ikke raader, og hvor sagens gjenstand er unddragen parternes frie forføining og dommeren derfor aldrig afskjæres fra at kræve bevis, fordi parterne undlader at bestride en kjendsgjerning[8].

Denne side af tilstaaelsen vil i visse retninger have en mere begrænset betydning end den under 2) omhandlede. Den vil nemlig:

a) alene kunne have betydning med hensyn til kjendsgjerninger, da kun disse er gjenstand for bevis, derimod ikke med hensyn til retsforhold (f. ex. en persons eiendomsret til en ting, et kontraktsforholds bestaaen), medens forhandlingsmaximen ogsaa for disses vedkommende maa lede til, at dommeren lægger en parts paastand om et retsforholds bestaaen til grund for sin afgjørelse, naar det ikke er bestridt af den anden part[9].

b) Endvidere vil egen tilstaaelse som bevis alene

farelse, ikke — som almindelig skeet — opfattes som udtryk for, at de anser tilstaaelsen som en dispositiv viljeserklæring; se dog Nellemann l. c. p. 148, der imidlertid ikke synes skarpt at holde ud fra hinanden de her under 1 og 3 angivne synspunkter.

[7] Se derimod Schweigaard I p. 375—6, uagtet han tillægger tilstaaelsen karakter af en dispositiv viljeserklæring.

[8] Jfr. iøvrigt Forelæsninger over straffeproces p. 393 ff.

[9] Jfr. Wittmack i Arch. f. civ. Praxis bd. 88 p. 62—7; Bülow Geständnissrecht p. 270 ff.

kunne have betydning for kjendsgjerninger, om hvilke parten har personlig kundskab, medens dette ikke kommer i betragtning ved forhandlingsmaximens anvendelse.

c) En tilstaaelse, der skal have bevisværdi, maa udgaa fra parten, ikke fra procesfuldmægtigen, medens den sidstes proceserklæringer binder parten[10].

Paa den anden side vil tilstaaelse som bevismiddel have et videre omraade, forsaavidt som

α) den ikke i denne henseende taber enhver betydning ved tilbagekaldelse (herom nedenfor),

β) den ogsaa gjør sig gjældende paa de omraader af civilprocessen, der ikke beherskes af forhandlingsmaximen, ligesom ogsaa

γ) i tilfælde, hvor den hidrører fra en procesudygtig part (umyndig) samt

δ) ogsaa virker under en senere retssag angaaende den samme kjendsgjerning, medens forhandlingsmaximen kun virker for den enkelte sag[11].

II. Vender vi os efter disse almindelige betragtninger til den positive norske procesret, finder vi de hidhørende bestemmelser i N. L. 1—15, der er overskrevet «Om egen bekjendelse», og hvis første artikel lyder: «Hvis nogen for dom og ret vedgaar det, som hand sigtes og beskyldes for, da maa hand det ei siden fragaa». Spørges der, for hvilken opfatning af tilstaaelsens betydning der her er givet udtryk, er det straks klart, at lovbogen ikke har udledet sin regel hverken af eventual- eller forhandlingsmaximen; ti disse procesgrundsætninger var ikke anerkjendte af lovbogen, men trængte først senere ind i vor proces. Efter vor gjældende ret er der ingen tvivl om, at de i foregaaende numer under 1) og 2) udviklede sætninger er gjældende; men efter det anførte lovsted er det ligesaa klart, at der tilkommer tilstaaelsen en deraf uafhængig virkning. I denne henseende er der efter det under I udviklede kun valg mellem tvende muligheder:

[10] Jfr. Nellemann l. c. p. 397. Se foran p. 275—6.

[11] Bliver en sagsbehandling annulleret i overinstansen, vil dog under en ny sag ved underinstansen den under den tidligere afgivne tilstaaelse bevare sin virkning.

a) Enten bygger N. L. 1—15—1 paa tilstaaelsen som en dispositiv viljesakt, og artikelen maa da forstaaes saaledes, at den opstiller den præsumtion, at en under rettergangen afgiven tilstaaelse skal ansees at indeholde en bindende vedtagelse af, at dommen kan bygges paa grundlag af den forudsætning, at det tilstaaede er sandt. Eller b) artikelen er saaledes at forstaa, at den tillægger tilstaaelsen en bestemt virkning uden alt hensyn til den tilstaaendes vilje, hvilket vil sige, at den betragter tilstaaelsen som et bevismoment med en i loven bestemt virkning. Ved en flygtig betragtning kunde det synes, at artikelens ord «da maa hand det ei siden fragaa» nærmest tydede paa, at den gik ud fra det først anførte standpunkt. Mod denne fortolkning er det imidlertid — selv bortseet fra de under I udviklede principielle grunde mod en saadan præsumtion — en afgjørende indvending, at lovstedets regel omfatter saavel straffesager som civile sager. Og skjønt lovbogen ikke sondrer mellem selve rettergangsmaaden i disse sager, er der ingen grund til at antage, at den skulde se bort fra den naturlige forskjel mellem straf og civil retsfølge, og at den skulde ville give rum for en saadan tanke som den, at nogen gjennem en kontraktsmæssig vedtagelse af ikke at bestride at have begaaet en forbrydelse skulde kunne underkaste sig straf. At lovbogen har opfattet tilstaaelsen som et bevismiddel, bestyrkes ogsaa ved den omstændighed, at det heromhandlede kapitel findes i læren om bevis[12]. Lovbogens standpunkt er visselig det, at den i «egen bekjendelse», afgiven i retten,

[12] Saaledes ogsaa Nellemann l. c. p. 404—5 jfr. p. 396, note 1, hvorimod saavel Ørsted som Schweigaard i sin fremstilling af emnet synes at underlægge N. L. 1—15—1 en anden forstaaelse. Det er til bestemmelsens forstaaelse af interesse at bemærke, at den anden lovkommissions forslag af 1663 om egen bekjendelse udtalte (se Secher og Stöckel Forarbeiderne til Kristian V.s Danske Lov I p. 120): «Intet Vidnesbyrd er kraftigere end egen Bekiendelse, dog at det sker af den, som kand gjøre Forskjæl paa ont og got, velbetænkt og frievillig for Rætten udi Vederpartens eller hands Fuldmægtigs Nærværelse ikke imod Sandhed og Loven, særdeles om det sker derved sit onde Forsæt at fordre, saa som at vedgaae eget Horeri, paa det mand kand skilles fra sin Egtefælle eller og komme andre udi Vanrygte, den, mand siger at

ser et bevismiddel af samme formelt bindende art som partsed og som det bevis, der udledes af, at en paalagt partsed ikke aflægges. Dens anordning af tilstaaelsens virkninger er med andre ord et led i lovbogens legale bevissystem.

Ved den udvikling, som civilprocessen efter lovbogen har undergaaet, er egen tilstaaelse som bevismiddel trængt i baggrunden gjennem eventual- og forhandlingsgrundsætningernes anerkjendelse. Herved er i virkeligheden spørgsmaalet om den inden retten afgivne tilstaaelses beviskraft indskrænket til de tilfælde, der er opregnede i slutningen af forrige numer.

Hvad for det første det under I—4—β nævnte tilfælde angaar, bemærkes, at lovbogens bevisregel i 1—15 aabenbart kun gjælder tilstaaelser, aflagte under den sag, om hvis afgjørelse der spørges. Tilstaaelser under en tidligere retssag bliver under den nu herskende fri bevisbedømmelse at tillægge den vægt, dommeren efter omstændighederne finder, at den fortjener.

Heller ikke er lovbogens absolute bevisregel beregnet paa tilfælde, hvor parterne ikke er raadige over forholdet.

Lovbogen selv gjør i 3—18—15 § 1 en undtagelse fra sin regel om virkningen af egen bekjendelse, forsaavidt angaar hor som skilsmissegrund; og det samme maa vistnok analogisk antages om de andre skilsmissegrunde, idet de samme hensyn ogsaa her gjør sig gjældende. I saadanne sager kommer heller ikke den rene forhandlingsmaxime til anvendelse; og dommeren har at afvise skilsmissebegjæringen, hvor tilstaaelsen ikke støttes ved andre bevisligheder. Iøvrigt er det selvfølgelig ikke nogen almindelig forudsætning for tilstaaelsens beviskraft, at den tilstaaende skal have raadighed over det forhold, sagen angaar[13].

have syndet med, og deslige andre Tilfælde». Se ogsaa om den ældre danske ret Matzen Forelæsninger over den danske retshistorie, Proces p. 99—100.

[13] I l. 6 juli 1892 § 25 er tilstaaelsen tillagt afgjørende virkning for spørgsmaalet om, hvem der er et uægte barns fader. Men dette lovsted kan ikke paaberaabes i denne sammenhæng, da det kun handler om de økonomiske følger af forholdet; jfr. Anden del § 165.

Den egne tilstaaelse kan heller ikke uden videre gjælde som fuldt bevis for omstændigheder, hvis tilstedeværelse dommeren *ex officio* har at undersøge. altsaa navnlig for, at de absolute procesforudsætninger er tilstede.

Tilbage staar spørgsmaalet om tilstaaelsens bevisvirkning, naar den er tilbagekaldt, — et spørgsmaal, der, som anført, kun faar praktisk betydning, hvor tilbagekaldelse ikke er afskaaret ved eventualmaximen. Lovbogens ligefremme ord afskjærer en saadan tilbagekaldelse al virkning. Selv med den legale bevisteoris standpunkt vil man imidlertid ikke finde det uforeneligt, at tilstaaelsen afkræftes ved et fuldt modbevis[14]. Men efter at den frie bevisbedømmelse har trængt igjennem i vor civilproces, synes der at være grund til at gaa et skridt videre og antage, at dommeren efter omstændighederne ogsaa vil have at tage hensyn til et bevis for omstændigheder, der svækker tilstaaelsens vægt, saaledes bevis for, at den alene skyldes en vildfarelse (f. ex. hvor det kan oplyses, at tilstaaelsen er fremkommen i tillid til en opgave fra modparten, der senere viser sig at være hentet fra en upaalidelig kilde, eller i tillid til et dokument, der viser sig at være falskt)[15].

III. En tilstaaelse synes at burde tabe sin virkning, naar det tilstaaede er notorisk urigtigt[16]. Egen tilstaaelse synes heller ikke i en civil sag at burde kunne tvinge en dommer til at lægge til grund for sin dom den forudsætning, at Norge er politisk forenet med Danmark, eller at en 30-aarig person er fader til en 20-aaring. Tvivlsommere er

[14] Jfr. Nellemann l. c. p. 403, som for dansk rets vedkommende paaberaaber lang praxis herfor.

[15] Jfr. i det hele Retst. 1873 p. 313; 1887 p. 903. Udk. til r. l. bestemmer i kap. XIII § 3, 2det led i den redaktion, der er meddelt i Getz's Udredninger p. 122: «Tilbagekalder en part sin tidligere fremstilling eller afgiver han en saadan i tilfælde, hvor han tidligere har vægret svar, afgjør retten efter en nøie prøvelse af de foreliggende omstændigheder, hvorvidt dette bør tillægges betydning.» Hermed stemmer den østerrigske civilproceslov § 266. Jfr. ogsaa Forelæsningerne over straffeproces p. 396.

[16] Jfr. Afzelius l. c. p. 104; Stein Das private Wissen des Richters p. 167—8.

det, om tilstaaelsen kan frakjendes virkninger ligeoverfor kjendsgjerninger, hvis ikke-tilstedeværelse er godtgjort ved det tidligere under sagen førte bevis. Dette kan, som paavist i § 100, efter vor ret neppe antages. Efter den maade, hvorpaa forhandlingsmaximen behersker vor gjældende civilproces, maa vistnok en part ved sin tilstaaelse kunne afskjære dommeren adgang til at tage hensyn til det af samme part tidligere førte eller paaberaabte bevis[17].

IV. Hvilken betydning det maa tillægges, at tilstaaelsen ledsages af indskrænkninger eller paastande (saakaldt kvalificeret tilstaaelse), vil fremgaa af de i § 96 udviklede grundsætninger for bevisbyrdens fordeling.

Det lader sig ikke opstille som almindelig regel, at tilstaaelse ikke kan deles, d. e., at den altid enten maa tages i sin helhed med anerkjendelse af de ledsagende paastandes rigtighed eller slet ikke tillægges nogen virkning[18]. Omfatter tilstaaelsen alle de kjendsgjerninger, der maa foreligge for, at modpartens paastand efter de § 82 fremstillede synspunkter skal fremtræde som retslig begrundet, vil dens betydning ikke svækkes ved, at der samtidig paaberaabes kjendsgjerninger, der ophæver eller hæmmer de retslige virkninger af det tilstaaede, saaledes hvor sagvolderen erkjender at have laant penge af sagsøgeren, men paastaar at have betalt, eller hvor han erkjender at have afsluttet en kjøbekontrakt af det paastaaede indhold, men gjør gjældende, at han har svævet i en væsentlig vildfarelse. Saadanne indsigelser maa den, der fremsætter dem, efter de almindelige regler for bevisbyrdens fordeling bevise, uden at der i denne henseende begrundes nogen lettelse for ham derved, at han har indrømmet de kjendsgjerninger, der er søgsmaalets grundlag. Hvor derimod de paastande, som ledsager tilstaaelsen, i virkeligheden indeholder en bestridelse af disse kjendsgjerninger

[17] Jfr. derimod udk. til r. l. kap. XIII § 2 (Getz's Udredninger p. 121): «Forsaavidt parterne er enige om sagsforholdet, bliver parternes fremstilling at lægge til grund, med mindre den strider mod vitterlige eller fuldt beviste kjendsgjerninger eller parterne ikke er raadige over forholdet».

[18] En saadan regel opstiller den franske *code civil* art. 1356.

(se foran p. 454—5), der vil den fulde bevisbyrde for disse paahvile modparten[19].

V. N. L. 1—15—1 taler alene om tilstaaelse, som nogen aflægger «for dom og ret», og det er ikke tvivlsomt, at det har været lovbogens mening at begrænse tilstaaelsens bindende beviskraft til dette tilfælde[20].

Hvorvidt lovbogen ved siden deraf har tænkt sig, at den udenretslige tilstaaelse, hvor den ikke indeholder en forpligtende viljeserklæring, skulde have nogetsomhelst bevisværd, synes tvivlsomt. Fra den legale bevisteoris standpunkt er der maaske grund til at antage, at den kunde frembringe en saadan formodning, at den tilstaaende, der senere tilbagekaldte tilstaaelsen, efter omstændighederne kunde paalægges benegtelsesed (N. L. 1—14—6). Efter den friere bevisbedømmelse, som gjør sig gjældende i nutidens retsbrug, og som tilsteder dommeren at afgjøre en sag udelukkende paa indicier, er der vel ogsaa grund til at undergive den udenretslige tilstaaelses virkning dommerens frie bedømmelse[21]. Hvad der, naar tilstaaelsen anskues udelukkende som bevismiddel, begrunder forskjellen mellem den indenretslige og den udenrets-

[19] Jfr. udk. til r. l. kap. XIII § 3 (Getz's Udredninger p. 122), der bestemmer: «Er der ved den ene parts fremstilling gjort tilføielser, der ophæver eller indskrænker den betydning, som ellers vilde tilkomme den som indrømmelse af modpartens anførsel, afgjør retten efter omstændighederne, om udsagnet kan benyttes anderledes end udelt.»

[20] Jfr. Secher og Stöckel Forarbeiderne til Kristian V.s danske lov II p. 446—7, hvoraf det vil sees, at spørgsmaalet om, hvorvidt man skulde tillægge en udenretslig, for lovfaste vidner aflagt erkjendelse samme virkning som den indenretslige, under lovens udarbeidelse var bleven reist, men endelig blev forkastet. Det argument for den udenretslige tilstaaelses virkning, som man har villet udlede af N. L. 1—15—2 (jfr. Ørsted l. c. p. 606), er skuffende, idet dette lovsted alene udtaler, at en bekjendelse, der udenfor de tilfælde, hvor tortur var tilladt (jfr. N. L. 1—18), er fremkaldt ved tvang, ikke er forbindende. I det første udkast til lovbogen var den i 1—15—2 indeholdte bestemmelse, der gjengiver ældre retspraxis (se Kolderup Rosenvinge Udvalg af gamle danske domme III p. 136), indtagen i selve hovedstedet; se Secher og Stöckel l. c. I p. 437.

[21] I det væsentlige kommer Nellemann l. c. p. 407—8 til samme resultat; jfr. ogsaa Schweigaard I p. 378—9.

lige, er ikke af begrebsmæssig, men væsentlig af faktisk art: Den, der aflægger en tilstaaelse under en rettergang med hensyn til kjendsgjerninger, der har betydning for denne, kan ikke undlade at være sig bevidst, at han derved giver modparten et vaaben ihænde mod sig, og hvad enten dette resultat er direkte tilsigtet eller ikke, indeholder det nævnte forhold ialfald en stærk opfordring for ham til ikke at afgive sin tilstaaelse uden efter moden overveielse. De samme hensyn gjør sig derimod ikke i alle tilfælde gjældende ved den udenretslige tilstaaelse. Her vil der derfor maatte sees hen til, om de ledsagende omstændigheder stiller tilstaaelsens betydning klart for vedkommende. Dette vil navnlig være tilfældet, naar den afgives til den, som derpaa vil kunne bygge retslige paastande, medens det for den retslige tilstaaelse er uden betydning, om den afgives til modparten eller overhovedet i hans nærværelse. Særlig styrke vil tilstaaelsen naturligvis have, naar den afgives med henblik paa en eventuel retstvist mellem parterne. Mindre betydning kan der derimod tillægges en tilstaaelse, der kun er fremkommen i forbigaaende under forhandlinger, der iøvrigt har dreiet sig om andre gjenstande. En udenretslig tilstaaelse, afgiven til tredjemand, vil vistnok ikke være uden al bevisværdi, men dog altid i langt høiere grad end den til modparten selv afgivne tiltrænge støtte af andre bevismomenter.

b) Partsed[1]

§ 104.

PARTSEDENS HISTORISKE UDVIKLING OG RETSLIGE VÆSEN.

I. Som allerede før nævnt, var partseden i de germanske retsforfatningers formelle bevissystem det regel-

[1] Jfr. Ørsted Udførlig fremstilling af læren om parters ed efter den dansk-norske lovgivning, prøvet efter almindelige grundsætninger og sammenlignet med fremmede love i Eunomia I p. 146 ff.; Schweigaard I §§ 82 ff.; Hambro Byretsdomme nr.ne 2112—2137; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 134 ff.; Deuntzer Civilproces §§ 35—

mæssige bevismiddel, om end i de fleste tilfælde partens egen ed ikke var tilstrækkelig til at afgjøre sagen, idet dertil krævedes støttende eder af mededsmænd[2]. Eden, der gik ud paa at beedige partens gode ret, afgjorde sagen uden at efterlade noget til dommerens prøvelse. Hele parternes forhandling dreiede sig derfor om det spørgsmaal, hvilken af dem retten skulde stede til ed.

En væsentlig anden stilling indtog partseden i den romerske ret, som paa dette punkt har øvet en bestemmende indflydelse paa den europæiske procesrets udvikling. Den kjender den retslige partsed i to former[3]: Den tilbudte ed (*jusjurandum delatum sive necessarium*), hvormed sammenhængen var den, at den ene af parterne kunde tilbyde den anden at afgjøre sagen med sin ed. Vilde den, til hvem et saadant tilbud var rettet, ikke aflægge eden, kunde han enten forholde sig ganske passiv, i hvilket tilfælde han behandledes som tilstaaende (*confessus in jure*), eller skyde eden tilbage til tilbyderen (*referre jusjurandum*); og det blev da dennes sag enten at afgjøre sagen med sin ed eller, hvis han forholdt sig passiv, tabe den[4]. Den tilbudte ed var som den germanske ed en endelig afgjørelse af sagen; og i den ældre ret blev der ikke, naar denne ed kom til anvendelse, afsagt nogen dom; men exekution skede paa grund enten af eden eller

38; I. Afzelius Om parts ed såsom processuelt institut (1879); Schmidt Lehrb. § 85 og den der anførte litteratur; Bonnier *Traité des preuves* (1873) p. 508 ff. *De lege ferenda* se G. Gram i Retst. 1883 p. 232 ff.; Smedal Om parters personlige afhørelse i civile retssager p. 21 ff.

[2] Partsed med mededsmænd betegnedes derfor i de ældre danske retskilder fortrinsvis med ordet logh (lov), der betyder lovbestemt afgjørelsesmiddel; jfr. Matzen Forelæsn. over den danske retshistorie, Proces p. 50. I denne betydning er ogsaa ordet lov benyttet i N. L 1—14—8, der udtrykkelig afskaffer mededsinstitutionen.

[3] Jfr. Dig. 12. 2 *De jurejurando sive voluntario sive necessario sive judiciali*. Ved *jusjurandum voluntarium* forstodes ed, der aflagdes i henhold til et forlig om at gjøre en tvist afhængig af ed.

[4] I den ældre ret synes dette institut, hvis udvikling skyldes det prætoriske edikt, alene at have fundet anvendelse i visse bestemte sager; jfr. Demelius Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse (1887); men i Justinians ret er det udvidet til at gjælde alle sager.

partens tilstaaelse. I Justinians ret afsiges vistnok dom; men denne har en rent formel karakter. — En helt forskjellig karakter havde derimod den anden form for partseden, som den romerske ret kjendte: den af dommeren enten efter en parts begjæring eller efter eget initiativ paalagte ed (*jusjurandum in judicio sive judiciale*). Denne ed var efter sit væsen et materielt bevismiddel, idet dommeren traf sin afgjørelse paa grundlag af den overbevisning, han havde vundet, være sig ved dens aflæggelse eller derved, at parten tiltrods for paalægget undlod at aflægge den[5]. Dommeren havde herved frit valg i henseende til, hvilken af parterne han efter bevisets stilling fandt at burde paalægge eden: han kunde paalægge den, der havde bevisbyrden for en kjendsgjerning, at fylde dette bevis med sin ed (fyldings- eller bekræftelsesed), eller han kunde paalægge den, mod hvem beviset førtes, edelig at benegte modpartens paastand (benegtelsesed).

Det romerretslige partsedsinstitut gik over først i den kanoniske proces, hvor imidlertid den tilbudte ed spillede en underordnet rolle[6], senere i den romersk-tyske («gemeine») proces, hvor atter den tilbudte ed traadte i forgrunden og udvikledes derhen, at eden nu ikke længer omfattede retskravet som saadant, men de retsbegrundende eller retsophævende kjendsgjerninger[7], og hvor betingelserne for dommerens adgang til at paalægge partsed overensstemmende med den legale bevisteoris fordringer omgjærdedes med faste regler i stedet for som efter den romerske ret at være overladt til dommerens diskretionære skjøn. Begge former af eden er gaaet over i nyere proceslove, navnlig den franske[8] og den tyske[9], hvilke

[5] Jfr. Demelius l. c. p. 100 ff.

[6] Jfr. Hinschius Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation mit besonderer Rücksicht auf das kanonische Recht (1860).

[7] Jfr. Schmidt l. c. p. 72—4; Kleinfeller Die geschichtliche Entwickelung des Thatsacheneides in Deutschland (1891).

[8] Se *code civil* art. 1358—69 jfr. *code de procédure civile* art. 120—1; jfr. Bonnier l. c. p. 508 ff.

[9] Se §§ 445 ff. (den tilbudte ed, zugeschobener Eid, Haupteid) og 475 ff. (den af dommeren paalagte ed, Notheid).

love imidlertid atter har gjenoprettet den frie bevisprøvelse ligeoverfor den af dommeren paalagte ed.

I den dansk-norske ret har, som før nævnt, den tilbudte ed aldrig fundet optagelse. Derimod havde der i Danmark i det 16de aarhundrede udviklet sig en eiendommelig retsbrug, i kraft af hvilken partsed ansaaes som et bevismiddel, som begge parter frit kunde anvende efter eget godtykke, og som derfor hyppig aflagdes baade af sagsøger og sagvolder i samme sag[10]. Til denne misbrug sigter N. L. 1—14—4, der forbyder parterne at gjøre andre eder end de af dommeren tilstedte eller paalagte, hvis nærmere betingelser lovbogen fastsætter i 1—14—5 til 7. N. L. 1—14—4 forstodes forøvrigt ikke som udelukkende, at parterne ved forlig før eller under sagen gjorde sin tvist afhængig af parts ed[11]. Men dette blev forbudt ved forl.l. 20 juli 1824 § 66.

Den umiddelbare kilde til lovbogens bestemmelser om partsed er recessen af 1643 II—6—20 ff. Utvivlsomt har denne ved sin anordning af den af dommeren paalagte partsed havt som forbillede den tyske ret, der paa denne tid i det hele øvede stor indflydelse paa den danske rets udvikling[12]. Men den har dog i flere henseender indtaget en selvstændig stilling ligeoverfor sit forbillede. For det første har den væsentlig indskrænket anvendelsen af partsed ved som regel kun at tilstede dommeren at paalægge benegtelsesed og ikke — ialfald principalt — bekræftelses- eller fyldingsed. Om en saadan bliver der kun i enkelte særlige anvendelser tale. For det andet har den fra den tilbudte ed overført den anordning, at, naar benegtelsesed ikke aflagdes, skulde den anden part aflægge

[10] Jfr. Matzen l c. p. 50. — Den misbrug, at parterne paa egen haand under procedyren aflagde eder, holdt sig, som frdn. 5 novbr. 1723 viser, endnu længe efter lovbogen.

[11] Jfr. Ørsted l. c. p. 199. Det ansees endnu i Danmark for tilladt (Deuntzer l. c. p. 227).

[12] At lovbogens partsed tiltrods for reminiscenser i udtrykket er et fra det ældre formelle bevissystems partsed væsensforskjelligt institut, er paavist af Nellemann l. c. p. 732—4, som imidlertid bestrider tysk indflydelse paa lovbogens bestemmelser om partsed.

bekræftelsesed (jfr. N. L. 1—14—7)[13], en regel, som dog retsbrugen har sat sig ud over[14].. Lovbogen forudsætter, at eden aflægges ved kjendelse under selve hovedsagen. Dette forandredes imidlertid, efterhvert som den skriftlige proces's udvikling medførte, at dommeren under selve forhandlingen stod uden kjendskab til sagen, og efterhvert som sagførerstandens udbredelse bevirkede, at parterne sjeldnere selv var personlig tilstede i retten. Regelen blev derfor, at partseden først aflagdes efter dommen[15].

I den romersk-tyske civilproces gjordes der udenfor de i det foregaaende omhandlede tilfælde af partsed en vid anvendelse af denne som betingelse for adgangen til at faa en rettergang fremmet, idet det kunde paalægges den, der ønskede dette, ved ed at bekræfte, at han dermed ikke tilsigtede nogen uredelig fordel (den saakaldte *juramentum calumniæ*)[16]. Af lovbogen blev dette institut ikke optaget uden i en enkelt anvendelse (jfr. N. L. 3—13—3, der paalagde odelsløsningsmanden med ed at bekræfte, at han selv trængte løsningsgodset til beboelse)[17]. Beslægtet med denne ed er den ed, hvoraf N. L. 1—13—28 gjør adgangen til i overinstansen at fremlægge nye bevisligheder afhængig, en ed, der i retsbrugen er noget nær ukjendt, idet bevilling til nye bevisligheders fremlæggelse er kurant.

II. Der har i teorien hersket adskillig uenighed om partsedens retslige væsen. I almindelighed erkjendes det, at den af dommeren paalagte bekræftelsesed (eller rettere partens med ed bekræftede udtalelse)[18] har karak-

[13] Denne artikels bestemmelse er ny i lovbogen; jfr. Sylow Den materielle bevistheoris udvikling p. 116. Som mulig kilde antydes i Sechers udgave af Chr. V.s danske lov c. 12. C. 4. 1.

[14] Allerede Ørsted (l. c. p. 194) udtaler dette for sin tid (hans afhandling er fra 1819); men endnu i slutningen af forrige aarhundrede praktiseredes artikelen ialfald i Danmark; se oplysningerne hos Nellemann l. c. p. 750, note 2.

[15] Jfr. iøvrigt nedenfor § 106.

[16] Jfr. Trutter *Bona fides* im Civilprozesse p. 42 ff.; Schmidt l. c. p. 39, 63, 73.

[17] Jfr. nu odelsloven 26 juni 1821 § 30.

[18] Jfr. Deuntzer l. c. p. 225, der med føie fremhæver, at selve eden ikke i noget tilfælde er bevismiddel, men at det altid kun er partens forklaring, der har denne egenskab.

teren af et sandt bevismiddel; og tvisten dreier sig navnlig om, hvorvidt benegtelseseden (eller rettere en parts edelige benegtelse af modpartens anførsler), saaledes som den er anordnet i vor lovgivning, overhovedet kan ansees som et saadant. Det kunde ligge nær at gjøre følgende betragtning gjældende: Enten aflægges eden, og da falder modpartens paastand, fordi den ikke er bevist, eller eden aflægges ikke, og isaafald ansees parten som den, der ikke har benegtet vedkommende kjendsgjerning paa behørig maade, hvorfor den lægges til grund for dommen uden bevis[19]. Denne betragtningsmaade rammer dog neppe sagens kjerne: Den fremkalder nemlig strax det spørgsmaal, hvorfor i disse tilfælde ikke som ellers den blotte benegtelse er nok, hvorfor benegtelsen for at være behørig her mere end ellers skal beediges. Og dette spørgsmaal kan kun besvares ved henvisning til, at der her foreligger momenter, som frembringer en vis sandsynlighed for tilværelsen af de kjendsgjerninger, der skal benegtes ved ed, og at det for afgjørelsen af, hvorvidt de skal ansees foreliggende eller ikke, vil være af betydning, om parten tør aflægge eden[20]. At denne aflægges efter dommen, gjør ikke i og for sig denne betragtning uanvendelig; ti der er intet til hinder for, at dommeren hypotetisk kan opgjøre sig sin overbevisning saavel for det tilfælde, at eden aflægges, som for den modsatte eventualitet. Dette er jo ogsaa tilfældet ved den som bevismiddel anerkjendte bekræftelsesed, forsaavidt den aflægges efter dom. At edens paalæggelse ikke i alle tilfælde beror paa dommerens frie vurdering af bevisets stilling, men er knyttet til i loven angivne særlige vilkaar (jfr. f. ex. N. L. 5—1—6 og de andre i følgende paragraf omhandlede tilfælde, hvor edens anvendelse er lovbestemt), og at den, naar den er aflagt, besidder en formelt afgjørende virkning, der er unddraget dommerens kritik, er ikke i og for sig uforeneligt med dens egenskab af bevismiddel, men alene udtryk for, at den ikke er normeret overensstemmende med den frie

[19] Jfr. Nellemann l. c. p. 727; se ogsaa Ørsted l. c. p. 165 ff.
[20] Saaledes ogsaa Deuntzer l. c. p. 226—7.

bevisteoris krav. Disse sider af institutets ordning har det efter det legale bevissystem fælles med de andre bevismidler.

Ganske uholdbart og ledende til urigtige praktiske konsekvenser er det, naar man i undladelsen af at aflægge benegtelseseden vil se en bindende tilstaaelse[21]. En saadan ligger ikke mere heri end i en undladelse af at benegte overhovedet.

III. Udenfor sammenhængen med den egentlige civilproces staar de tilfælde, hvor en eller anden offentlig foranstaltning er gjort afhængig af en erklæring under eds tilbud[22]. Saadanne erklæringers beviskraft er indskrænket til det administrative omraade. De kan imidlertid, hvis det offentlige finder grund til at afkræve vedkommende eden, give anledning til edsaflæggelse ved retten i en edssags former.

§ 105.

BETINGELSERNE FOR OG VIRKNINGERNE AF PARTSED

I. Som det fremgaar af det i forrige paragraf udviklede, kjender vor lovgivning partsed saavel i form af benegtelsesed som sigtelsesed. Men dommeren har ikke frit valg mellem disse, saa at han i det konkrete tilfælde kan vælge den form for partseden, som han efter bevisets stilling og forholdene iøvrigt finder mest passende. Anvendelsen af begge former er knyttet til særegne vilkaar, hvorved benegtelseseden er det principale og regelmæssige, medens sigtelseseden, efter at dens subsidiære anvendelse overensstemmende med N. L. 1—14—7 er bortfalden, kun kan paalægges i visse særlige tilfælde:

a) Betingelserne for anvendelse af benegtelseseden er efter N. L. 1—14—6, «at sagen det udkræver eller i det

[21] Se f. ex. Schweigaard I p. 381; rigtig derimod Nellemann l. c. p. 730. At det ikke var lovbogens standpunkt, bevises tilstrækkeligt ved dens 1—14—7.

[22] Se frdn. 12 sept. 1792 § 4; l. 6 juli 1892 § 16; l. 4 mai 1901 § 5, 3; jfr. Schweigaard I p. 402.

ringeste efter sagens tilstand saaledes, at enddog det ikke nøiagtig bevises, der dog vis formodning er, at den sigtede er skyldig.» Hvovedvægten ligger her paa de udhævede ord, hvorimod det i retsbrugen ikke antages, at sagens beskaffenhed i og for sig udenfor de tilfælde, hvor udtrykkelig hjemmel haves i et specielt lovbud, kan give adgang til partsed, naar ikke en vis formodning er tilveiebragt ved det under sagen førte bevis[1]. Ved vis formodning maa lovbogen have tænkt paa indiciebevis[2]; ti dens 1—14—3 forbød udtrykkelig anvendelse af benegtelsesed ligeoverfor et bevis, der var ført ved vidner. At denne artikel alene skulde have sigtet til et fuldt vidnebevis ved to lovfaste vidner[3], er en ganske vilkaarlig fortolkning, der ikke har nogen støtte hverken i artikelens ord eller historiske forudsætninger[4]. Efter at imidlertid vidnebeviset i retsbrugen var bleven underkastet en friere bedømmelse, og navnlig efter at man var begyndt ogsaa at føre vidner, der ikke var helt lovfaste[5], fandt man det uhensigtsmæssigt at savne det i benegtelseseden liggende middel til at udfylde et ufuldstændigt vidnebevis, og man satte sig efterhaanden ud over N. L. 1—14—3, der nu maa betragtes som et antikveret lovbud[6]. Stillingen er da

[1] Rimeligvis stemmer dette med lovbogens mening, idet den vistnok har brugt ordene «eller i det ringeste efter sagens tilstand» o. s. v. som nærmere forklaring af, hvad den mente med udtrykket, at sagen det udkrævede. Denne opfatning bestyrkes ved kilden, store reces II—6-20, hvis udtryk ingen tvivl efterlader om, at dette var dens mening. Det heder nemlig: «Belangende Benegtelses-Æden, den maa dennem paalegges af Dommeren, naar hannem synes Sagen det udkreffve, efter Laug og Ret. Ey skal Dommeren lettelig nogen Æden paalegge, anseende, den Sag giffver bør det lovligen at bevise eller i det ringeste effter Sagens Tilstand saaledes, at vis Formodning er (enddog det icke nøyagtig bevises) den Sictdede skyldig at være» o. s. v.

[2] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 298.

[3] Jfr. Ørsted l. c. p. 203.

[4] Jfr. Nellemann l. c. p. 751, hvor det oplyses, at artikelen i den første tid efter lovbogen forstodes som udelukkende benegtelseseden i ethvert tilfælde, hvor der fra den anden side var ført vidne, om end kun et enkelt. Se dog Deuntzer l. c. p. 235.

[5] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 297 og nedenfor § 108.

[6] Jfr. saaledes Retst. 1874 p. 435, 1880 p. 149; se ogsaa Hambro Byretsdomme nr. 2121.

for tiden den, at dommeren kan paalægge benegtelsesed i ethvert tilfælde, hvor der fra den anden side — ligegyldigt paa hvilken maade — er ført et bevis, der enten i sig selv er ufuldstændigt, eller som er svækket ved modbevis, men som dog efterlader en vis sandsynlighed for, at det, beviset angaar, forholder sig som paastaaet[7]. Hvilken grad af sandsynlighed der i denne henseende udkræves, er det helt overladt til dommerens skjøn at afgjøre.

N. L. 1—14—6 bruger udtryk, som om det altid kun skulde være sagvolderen, hvem benegtelsesed skulde kunne paalægges. Men dette er, som ordet «befrir» i artikelens slutning viser, en udtryksmaade, der beror paa reminiscenserne fra den tid, da benegtelseseden gjaldt selve det omprocederede retskrav og afgjorde sagen. Der hersker i nutiden hverken i teori eller praxis nogen tvivl om, at benegtelseseden finder anvendelse i ethvert tilfælde, hvor bevisbyrden for en kjendsgjerning paahviler en part, uden hensyn til, om dette er sagsøger eller sagvolder, og at saaledes, naar den sidste for sine indsigelser har tilveiebragt vis formodning, beviset kan udfyldes ved benegtelsesed fra sagsøgerens side[8].

De tilfælde, hvor særlige bestemmelser hjemler anvendelse af benegtelsesed uden hensyn til, om der foreligger vis formodning er:

1) Efter N. L. 5—1—6 skal den, der vil «fragaa det ei at være hans haand og segl, som han sigtes for», fri sig med sin ed. Denne artikel omfatter ethvert dokument, der er udstedt af en af sagens parter i den hensigt, at det skal tjene som bevis for en andens, være sig rettighed (gjældsbeviser, kjøbe-, leie-, selskabskontrakter, skjøder og andre dokumenter angaaende stiftelse af tinglige rettigheder o. s. v.) eller frihed for en forpligtelse (kvitteringer o. lign.). Ligefrem angaar artikelen alene benegtelse fra

[7] En af forholdets natur udledet præsumtion uden foreliggende bevis er tillagt betydning i den af Hambro l. c. 2120 anførte dom.

[8] Den indskrænkning, som Schweigaard I p. 382 vil gjøre i denne regel, forsaavidt indsigelsen bygges paa omstændigheder, der er samtidige eller sammenhængende med det faktum, der er lagt til grund for søgsmaalet, f. ex. tvang, kan ikke erkjendes at være vel grundet.

en parts side af selv at have underskrevet dokumentet. Det er dog ubetænkeligt at udvide den til ogsaa at gjælde det tilfælde, at dokumentet er underskrevet af nogen paa partens vegne og denne benegter hans bemyndigelse hertil[9]. Derimod er artikelen ikke anvendelig paa den uskrivkyndige, hvis navn er paaført dokumentet «med paaholden pen» eller som har sat sit bomærke under, idet der om beviset for dokumentets ægthed i dette tilfælde haves særegne regler i N. L. 5—1—7[10].

Man er endvidere udenfor den sikre lovanalogis grænser, om man udvider artikelens anvendelse til det tilfælde, at underskriftens ægthed erkjendes, men selve dokumentets indhold paastaaes forfalsket. I dette tilfælde paahviler nemlig bevisbyrden den, der paastaar forfalskningen, og den ed, han kom til at aflægge, vilde efter sit væsen ikke blive en benegtelses-, men en bekræftelsesed[11]. Noget anderledes stiller imidlertid sagen sig, hvis dokumentet selv bærer præg af senere forandringer (raderinger, talrettelser). Forsaavidt her bevisets stilling gjør det paakrævet at anvende partsed, vil det efter principet i N. L. 5—1—6 være naturligere at lade denne aflægge af den, der har underskrevet dokumentet, end af den part, der fremlægger det[12].

[9] Retst. 1844 p. 81; 1850 p. 313; Hambro l. c. nr. 2133; Nellemann l. c. p. 662; Deuntzer l. c. p. 237.

[10] Se J. Lassen Haandbog i obligationsrettens alm. del p. 49 jfr. Retst. 1874 p. 228.

[11] Deuntzer l. c. p. 238. Jfr. den i Ugebl. f. lovk. VII p. 101 meddelte overretsdom, hvor edstemaet var formuleret saaledes: «Naar appellanten P. F. til første eller andet ting, hvortil lovligt varsel kan gives, 8 uger efter nærværende doms forkyndelse med sin korporlige ed bekræfter, at den under sagen omhandlede, af A. Ø. udstedte vexelobligation af 22 juni 1861 kun lød paa 100 spd., da den af appellanten blev underskrevet som endossent, har appellanten» o. s. v. Paa selve formen ligger dog her ikke den afgjørende vægt, da det samme edstema ogsaa kunde have været formuleret saaledes, at det paalagdes vedkommende at benegte, at vexelobligationen, da den blev underskreven, lød paa mere end 100 spd. I sit væsen vilde eden ogsaa isaafald være en fyldingsed.

[12] Jfr. Retst. 1859 p. 25; Deuntzer l. c.

2) Efter N. L. 5—13—44 skal «udi Opbud og udi Arvs og Gjælds Fragaaelse Pante-, Kjøbe- og Mageskifte-Breve, som kand være udgivne, baade af Creditoren og Debitoren bekræftes, at der ingen Bedrageligħed er under». Opbud kjendes ikke længer i den forstand, hvori dette institut bestod paa lovbogens tid, og arvs og gjælds fragaaelse forekommer faktisk ikke længer, efter at der er aabnet adgang til at fragaa gjæld med forbehold af arv[13]; men artikelen vil i nutiden finde sin anvendelse i konkursboer og insolvente dødsboer.

Da det er utvivlsomt, at de i artikelen tilsigtede retshandlers civilretslige gyldighed ikke berøres af debitors onde tro, saafremt kreditor er i god tro, har den første alene strafferetslig betydning; og den skyldneren paalagte ed antages derfor bortfalden ved, at partsed i straffesager har ophørt at være anvendelig[14]. Derimod er adgang til at paalægge «kreditor» ed fremdeles bestaaende. At ogsaa denne ed angaar et forhold, der kan blive gjenstand for strafferetslig forfølgning[15], er ikke nogen hindring mod at paalægge den under en sag, der alene angaar de civilretslige følger af forholdet[16]. At i denne henseende de forandrede grundsætninger for partsed i straffesager ikke har medført nogen forandring, fremgaar deraf, at en saadan ed som den heromhandlede ogsaa er hjemlet ved nyere love, se konkursl. 6 juni 1863 § 94[17]. Dette lovsted giver dommeren adgang til at paalægge enhver kreditor edelig benegtelse af, at der er svig eller bedragelighed tilstede med hensyn til hans anmeldte fordring. Lovstedet giver forøvrigt alene anvisning paa denne ed, naar det efter sagens omstændigheder findes beføiet, og det er for-

[13] Om disse sætninger mere i Fjerde del § 3.

[14] Jfr. Schweigaard I p. 387.

[15] Jfr. forøvrigt nu str.l. § 288, 2det led.

[16] Jfr. Retst. 1898 p. 474; Hambro l. c. nr. 2131.

[17] At der paalægges parter i en civil sag ed angaaende forhold, der kan medføre straffeforfølgning, er forøvrigt ikke i fuld overensstemmelse med de grundsætninger, der for vidner er komne til anerkjendelse i strpl. § 177. Vistnok er edens aflæggelse frivillig, men da undladelsen af at aflægge den medfører sagens tab, ligger dog deri en indirekte tvang.

saavidt egentlig kun en anvendelse af hovedregelen i N. L. 1—14—6[18], medens derimod N. L. 5—13—14, 1ste del i de der nævnte tilfælde vil have eden anvendt uden hensyn til bevisets stilling. Imidlertid er det at bemærke, at det sidstnævnte lovsted ikke sætter nogen tidsfrist, inden hvilken retshandelen maa falde for at rammes af lovstedets bestemmelse, og det er utvivlsomt, at dommeren ialfald ikke nu længer uden videre vil anvende ed i ethvert tilfælde, der bogstavelig omfattes af N. L. 5—13—44, 1ste del, men enten vil kræve, at retshandelen er afsluttet ganske kort før konkursen, eller — hvis den ligger længer tilbage i tiden — at en formodning om dens bedragelighed fremkaldes ved andre omstændigheder. Iøvrigt er der ogsaa den forskjel mellem de to anførte lovsteder, at konkurslovens § 94 alene handler om i boet anmeldte fordringer, medens N. L. 5—13—44 angaar enhver af skyldneren før konkursen *in fraudem creditorum* afsluttet tinglig eller obligatorisk retshandel[19], hvad enten den er fuldbyrdet og saaledes foranlediger et omstødelsessøgsmaal fra boets side, eller den er ufuldbyrdet og derpaa bygges krav ligeoverfor boet.

Den i N. L. 5—13—44 udtalte regel for partsed er ved konkursl. § 48, sidste p. og l. 29 juni 1888 § 28 ogsaa gjort anvendelig paa de tilfælde, hvor konkursboet gjør sin ved førstnævnte lovs §§ 42—46 og sidstanførte lovs § 27 hjemlede omstødelsesret gjældende ligeoverfor en tredjemand, til hvem det ved en omstødelig retshandel modtagne er afhændet[20].

Et med N. L. 5—13—44 beslægtet lovbud er kammerretsord. 18 marts 1720 kap. 1 § 17, der kommer til anvendelse i tilfælde af arrest fra det offentliges side hos dets kassabetjente eller disses forlovere. Dette lovbud bliver

[18] L. 1863 § 94 giver ved siden heraf ogsaa anvisning paa en bekræftelsesed og vil forsaavidt blive omhandlet nedenfor.

[19] Om denne ikke uomstridte sætning, der navnlig er overbevisende godtgjort af B. Getz i en afhandling i Retst. 1878 p. 629 ff. (sammes Juridiske afhandlinger p. 441 ff.), maa henvises til Fjerde del § 38.

[20] Ligeoverfor første erhverver forudsætter omstødelsesretten i disse tilfælde ikke ond tro.

at fortolke paa samme maade som den anførte artikel af lovbogen [21].

3) Ifølge N. L. 5—13—44, 2den del (jfr. konkursl. § 43, sidste p.) skal i sager angaaende omstødelse af retshandler mellem ægtefæller og beslægtede [22] spørgsmaalet om boets insolvens paa den tid, retshandelen foregik, løses ved ed. Af bestemmelsens sammenhæng med artikelens første del maa man udlede, at ogsaa denne ed skal aflægges saavel af modtageren som afhænderen; og da her omstødelse ikke er betinget af ond tro hos nogen af parterne, men alene af det objektive moment, insolvensen, er disse eder ikke berørte af den senere retsudvikling med hensyn til parts ed i straffesager. Derimod maa det bemærkes, at konkursskyldneren i en saadan omstødelsessag ikke er part, idet det er boet, som indtager denne stilling. Hans ed bliver derfor efter sit væsen vidne-, ikke partsed, og maa blive at bedømme efter reglerne for den første, hvoraf blandt andet følger, at han kan undslaa sig for at aflægge den, hvis hans forklaring kan udsætte ham for strafansvar [23]. Benytter han sig heraf, vil modtagerens ed ikke være tilstrækkelig til at bevise boets solvens, men den kan have betydning som støttende et iøvrigt tilveiebragt bevis, hvorved imidlertid maa bemærkes, at eden alene kan gaa ud paa en benegtelse af, at modtageren har anseet afhænderen insolvent, og at der i og for sig kun i de sjeldneste tilfælde vil ligge noget meget overbevisende moment i, hvad modtageren, der ikke behøver at kjende afhænderens formuesomstændigheder, mener om disse [24].

[21] Den i forordningens § 18 omhandlede ed er at betragte som helt bortfalden ved de nyere grundsætninger for partsed i straffesager.

[22] I hvilke tilfælde saadan omstødelse kan finde sted, se Fjerde del § 43.

[23] Se Fjerde del p. 154 og 271; jfr. Mundt i Tidsskr. f. retsvæsen I p. 341—2; Deuntzer p. 241; derimod Nellemann l. c. p. 772—3. Denne sidste forf. turde dog fra lovbogens standpunkt have ret, naar han ligeoverfor Mundt hævder, at, om kokursskyldneren aflægger eden, er ved den i forbindelse med modtagerens ed skabt et formelt bindende bevis for solvensen, der alene kan rokkes ved modbevis, men som ikke af dommeren kan tilsidesættes blot af hensyn til skyldnerens præsumtivt ringe troværdighed.

[24] Disse forhold forklarer, at man i praxis ikke hører meget tale om ed efter N. L. 5—13—44, sidste del; men at den skulde være bortfalden

4) Efter l. 6 juli 1892 § 25 kan den, der af et uægte barns moder sigtes for at være dets fader, selv om ingen beviser er tilveiebragte, paalægges ved sin ed at benegte, at han har havt samleie med kvinden til saadan tid, som af retten bestemmes[25].

5) Efter frdn. 14 mai 1754 § 7 skulde sigtelse for aager kunne begrunde anvendelse af benegtelsesed. Efter forordningens forudsætning var det nok, at sigtelsen gik ud paa, at kreditor havde modtaget forskrivning for et høiere beløb end det, hvormed han havde forstrukket debitor. Efter str.l. § 295 (jfr. tidligere l. 29 juni 1888) kræves der imidlertid til aager baade, at den formuesfordel, nogen paa denne maade har opnaaet, staar i aabenbart og stærkt misforhold til, hvad der ydes den anden part, og at den er opnaaet derved, at den skyldige har nyttet den andens nød, forstandssvaghed eller uerfarenhed. Det er ikke sandsynligt, at nogen dommer i nutiden vilde finde at kunne forelægge en kreditor benegtelsesed angaaende disse omstændigheder, alene fordi sagvolderen i en gjældssag fremkom med nøgen paastand om, at aager var begaaet. Der maatte ialfald kræves, at sigtelsen fremkom i form af en bestemt konkret angivelse af de omstændigheder, der gjorde forholdet til aager.

6) Efter reskr. 7 aug. 1776 § 3 (for Bergens stift) kan i tvistigheder mellem tjenestefolk og husbonde retten i mangel af bevis angaaende opsigelse paalægge «den sigtede» benegtelsesed[26].

7) Endelig bemærkes, at efter retsbrugen ordentlig førte handelsbøger begrunder adgang til at paalægge

som ikke passende til vort gjældende bevissystem (Schweigaard Konkurs p. 192), er en uholdbar paastand, og allermindst kan dette begrundes ved en henvisning til parts ed i straffesager; ti, som Schweigaard selv i første udgave af Processen § 84 erkjender, «hører denne ed ikke til dem, der ville gaa over paa criminalrettens mark». Det er derfor vistnok mindre vel betænkt, naar udgiveren af 4de udg. af Processen I p. 389 har erstattet den rigtige bemærkning i ældre udgaver med den urigtige, formentlig fra en ældre bearbeidelse hidrørende udtalelse i afsnittet om konkurs.

[25] Jfr. nærmere om denne ed Anden del § 165.

[26] Jfr. Bang og Larssen Jur. tidsskr. bd. 32 p. 360—1.

skyldneren ,ved sin ed at benegte deri opførte gjældsposter, en sætning, hvorom nærmere i § 125.[27]

b) Den principale bekræftelsesed har i vor lovgivning kun hjemmel i følgende tilfælde:

1) Efter den foran omhandlede § 94 i konkursl. 6 juni 1863 kan enhver fordringshaver, hvis fordring ikke er erkjendt, hvad enten han paastaar udlæg af boet eller kompensation med modfordring fra boets side, paalægges med ed at bekræfte, at den forklaring eller opgave, som af ham eller hans fuldmægtig er gjort angaaende fordringen, er rigtig og sandfærdig, saavelsom at de bevisligheder, hvormed den er ledsaget, er rigtige.

2) Efter frdn. 29 mai 1750 § 3 kan i sager angaaende skilsmisse paa grund af desertion den stevnende ægtefælle afkræves edelig forklaring. Denne ed indtager imidlertid, som allerede bemærket,[28] en egen stilling, idet den nærmest er underkastet reglerne for vidneed og vidneforklaring.[29]

3) Efter l. 6 juli 1892 § 25 kan den der omhandlede ed angaaende besvangrelse udenfor ægteskabet under særlige omstændigheder paalægges moderen istedetfor, som regelmæssig, den angivelige fader. Som saadanne særlige omstændigheder nævner lovstedet exempelvis, at den angivelige fader selv begjærer det, eller at han paa grund af sin vandel eller sin optræden under sagen har mindre troværdighed, eller at moderen har tilveiebragt noget, men ikke tilstrækkeligt bevis.[30]

4) En eiendommelig form af sigtelseseden findes anordnet i N. L. 5—2—88, hvorefter den, der uberettiget har skaltet og valtet med dødsbo, kan paalægges at tilbagelevere eller erstatte, hvad «de vedkommende ville sigte hannem for ved deris ed». Denne bestemmelse, der er ny i lovbogen,[31] turde have sit forbillede i den ro-

[27] Den i frdn. 5 marts 1734 § 2 omhandlede benegtelseseed er bortfalden ved l. om str.l.s ikrafttræden § 11, 2.

[28] Se foran p. 473, note 2.

[29] Jfr. Schweigaard I p. 401.

[30] Se nærmere Anden del § 165.

[31] Jfr. Brorson Forsøg til femte bogs fortolkning (1793) I p. 236.

merske *juramentum in litem*[32] (værdsættelsesed). Artikelen er ogsaa altid bleven opfattet som udtryk for et almindeligere princip, og overensstemmende med den romerretslige grundsætning er den her omhandlede ed bleven anvendt i erstatningstilfælde uden hensyn til skadetilføielsens art[33] saavelsom uden hensyn til, om skadetilføielsen er forsætlig eller uagtsom. Artikelen forudsætter ikke svig, og der er ikke tilstrækkelig grund til at begrænse edens anvendelse til forsætlige skadetilføielser og heller ikke til tilfælde af grov uagtsomhed.[34] Derimod vilde det ligge udenfor berettiget analogisk lovfortolkning at anvende artikelen ogsaa i de tilfælde, hvor nogen pligter erstatning for tilfældig skade eller gjøres ansvarlig for andres skadetilføielser (f. ex. efter N. L. 3—21—2).[35]

Eden vil i almindelighed gaa ud paa en værdsættelse af skaden i penge, men kan ogsaa omfatte en angivelse af individuelle gjenstande, som sagvolderen paastaaes pligtig til at udlevere. Hvor skaden paastaaes tilføiet ved forvendelse eller ødelæggelse af en flerhed af ting, maa værdsættelsen grundes paa en edelig angivelse af disses antal (*iuramentum quantitatis*).

Det antages, at den, der er berettiget til at aflægge den heromhandlede ed, om han foretrækker det, kan overlade til modparten at bestemme sin forpligtelses omfang med sin ed (*juramentum minorationis*).[36]

Udenfor de her omhandlede tilfælde har sigtelseseden ingen lovhjemmel; og N. L. 1—14—7, der kun vil have denne ed anvendt som supplement i tilfælde, hvor den anden part har undladt at aflægge en paalagt benegtelsesed, viser tilstrækkelig, at lovbogen ikke har villet have sig-

[32] Jfr. *Dig.* 12. 3; *Cod.* 5. 53.

[33] Jfr. pl. 28 marts 1800 § 2, hvor dette forudsættes.

[34] Se Nellemann l. c. p. 776—7; Deuntzer l. c. p. 243; Retst. 1899 p. 460; derimod Schweigaard I p. 393.

[35] I retsbrugen sees dog sigtelsesed anvendt til bestemmelse af en assurandørs ansvar ligeoverfor den forsikrede, hvor forsikringsbestemmelserne giver anvisning herpaa; jfr. Retst. 1899 p. 433; Hambro l. c. nr. 2115.

[36] Jfr. Schweigaard I p. 396—7; Nellemann l. c. p. 778 jfr. 782; Deuntzer l. c. p. 243.

telseseden anvendt, blot fordi der i det foreliggende tilfælde ikke bliver anvendelse for benegtelseseden (f. ex. fordi den oprindelige udsteder af et dokument er død eller emigreret[37] el. lign.). Dog har det været antaget, at bekræftelsesed kan anvendes, hvor den part, hvem efter de almindelige regler benegtelsesed skulde paalægges, ved en i høi grad uredelig procedyre har forspildt sin ret til at stedes til ed.[38]

II. Gjenstanden for partsed er ved værdsættelseseden et skjøn efter vedkommendes bedste overbevisning. I alle andre tilfælde er det altid bestemte kjendsgjerninger, der udgjør edstemaet. Herom bemærkes nærmere:

1) Kjendsgjerningernes retslige bedømmelse tilligger dommeren, og parten kan derfor aldrig — som i den ældre ret — stedes til ed angaaende selve det omprocederede retsforholds eller retskravs tilværelse.[39]

2) Det er selvfølgelig kun kjendsgjerninger, der er af betydning for sagen, som kan gjøres til gjenstand for partsed; men det er ligegyldigt, af hvad art denne betydning er. Kjendsgjerningen kan enten være en saadan, hvortil vedkommende retsvirkning umiddelbart er knyttet, eller en bevisgrund (et indicium) for antagelsen af, at

[37] Jfr. iøvrigt udtalelserne under voteringen i den i Retst. 1888 p. 609 ff. refererede sag (se især p. 614 og 618), der synes at henpege paa, at den i teorien almindelig antagne begrænsning af sigtelsesedens anvendelse i retsbrugen maaske ikke vil blive strengt overholdt. Se ogsaa Hambro l. c. nr.ne 2114, 2122—5, 2134—6. Den danske retsbrug har ved dokumenter tilstedt bekræftelsesed, naar udstederen er død og dokumentets ægthed er støttet ved noget, men ikke fuldt bevis; jfr. Bang og Larssen p. 365—6; Nellemann § 124.

[38] Schweigaard I. p. 394; Nellemann l. c. p. 743—4 jfr. § 144 nr. 4; Deuntzer l. c. p. 232; Hambro l. c. nr. 2119, 2127.

[39] Sondringen mellem faktiske og juridiske spørgsmaal frembyder imidlertid ofte praktiske vanskeligheder; og i retsbrugen sees derfor hyppig det opstillede edstema at omfatte juridiske elementer, f. ex. om en bindende aftale er kommen istand mellem parterne (Retst. 1880 p. 149 og 708) eller er bortfaldt (Retst. 1865 p. 341); se iøvrigt de af G. Gram Retst. 1883 p. 234—5 anførte exempler; jfr. ogsaa Smedal Om parters personlige afhørelse p. 24.

denne foreligger.[40] Den kan endvidere være af betydning enten for sagens materielle afgjørelse eller de formelle betingelser for dens fremme (procesforudsætningerne).[41]

3) Kun saadanne kjendsgjerninger, om hvilke vedkommende part kan have personlig kundskab, kan forelægges ham til beedigelse. En saadan kjendsgjerning kan imidlertid ogsaa være selve det, at parten intet ved om et vist forhold eller en vis begivenhed. En saadan uvidenhed kan derfor meget vel gjøres til gjenstand for partsed, hvor den enten i og for sig er retsbegrundende (god tro som betingelse for retserhverv), eller hvor der af den kan udledes nogen bevisgrund for antagelsen af, at vedkommende kjendsgjerning ikke foreligger. Dette sidste vil især være tilfældet, hvor kjendsgjerningen er af den art, at den (f. ex. paa grund af nære samlivs- eller familieforhold) ikke lettelig kunde være forbleven ukjendt for parten, eller hvor denne med lethed vilde kunne skaffe sig kundskab om den ved at henvende sig til nogen, der har handlet paa hans vegne, eller i hvis ret han er sukcederet. I dette sidste tilfælde bør eden kunne formes saaledes, at det paalægges ham, inden uvidenhedseden aflægges, at skaffe sig den kundskab, hvortil han har anledning.[42]

I retsbrugen har man ogsaa anseet det tilstedeligt at paalægge ed angaaende, hvad en part tror om en vis kjendsgjerning *(iuramentum credulitatis)*,[43] skjønt dette

[40] Om dette sidste kan ansees foreneligt med lovbogens legale bevisteori, er dog tvivlsomt; efter nutidens friere bevisregler bør det ikke betvivles, at ed kan anvendes ogsaa i dette øiemed.

[41] Der kan intet være til hinder for at gjøre f. ex. spørgsmaalet, om et vist værneting er vedtaget, afhængigt af partsed; jfr. Nellemann l. c. p. 787, note 1; Deuntzer l. c. p. 231.

[42] Den udvei at gjøre sagen afhængig af en fuldmægtigs eller overhovedet en tredjemands ed (jfr. Nellemann l. c. p. 739, Ørsted l. c. p. 198, Retst. 1855 p. 613, Hambro l. c. nr. 2116), er, som før bemærket (p. 467), neppe forenelig med vor lovgivning, som kun kjender en saadan ed i form af vidneed, der maa aflægges under sagen. Jfr. Deuntzer l. c. p. 233.

[43] Jfr. Retst. 1843 p. 676. Jfr. ogsaa Retst. 1856 p. 99. Se G. Gram l. c. p. 233—4; Schweigaard I p. 541.

ikke lettelig vil kunne tillægges nogen bevisværdi udenfor de tilfælde, hvor en parts gode eller onde tro i sig selv er af retslig betydning (jfr. N. L 5—13—44).

Forøvrigt maa det her vel fastholdes, at i de tilfælde, hvor loven for særlige anvendelser har anordnet benegtelsesed, uden at der fra den anden side er tilveiebragt noget bevis, er det altid, saafremt det ikke er vedkommendes gode tro, der ligefrem er edstemaet, en vis ydre kjendsgjerning, som skal benegtes; og her gaar det ikke an at lade sig nøie med en benegtelse af, at parten ikke kjender til eller husker vedkommende kjendsgjerning.[44]

III. I visse tilfælde opstaar der tvivl om, hvem partsed bliver at paalægge. Dette gjælder for det første, naar der er flere parter. Hvad bekræftelseseden angaar, har man ment,[45] at det var nok, at den aflagdes af en af parterne, idet den ogsaa for de øvrige maatte virke bevisende. En saadan sondring mellem bekræftelses- og benegtelsesed er dog ikke begrundet; ti ogsaa den sidste er, som før paavist, et bevismiddel. Det maa derhos erindres, at partsedens bevisende virkning i nogen grad er af en formel karakter, og at det derfor vil indeholde en uberettiget ubillighed mod den anden part, som derved bliver ufordelagtigere stillet, end om han havde havt at gjøre med hver af modparterne særskilt.[46]

Det rette maa derfor i de regelmæssige tilfælde af procesfællesskab være at paalægge alle procesfællerne eden, saafremt betingelserne herfor er tilstede (nemlig at alle har personlig kjendskab til vedkommende kjendsgjerning). Er dette ikke tilfældet, eller undlader enkelte at aflægge eden, vil sagen kunne faa et forskjelligt udfald for de forskjellige parter, et resultat, der visselig ikke er ønskeligt, men hvis mulighed er en med partsedsinstitutet uadskillelig forbunden mangel.[47]

[44] Dette er særlig med hensyn til N. L. 5—1—6 af vigtighed; jfr. imidlertid Retst. 1892 p. 84 ff., hvor man synes at have nøiet sig med en edelig benegtelse af, at vedkommende erindrede at have underskrevet en vexelobligation (se dog udtalelserne p. 92).

[45] Se Ørsted l. c. p. 285 ff.; Schweigaard I p. 397.

[46] Jfr. Afzelius l. c. p. 158.

[47] Saaledes ogsaa Deuntzer l. c. p. 234—5.

Er imidlertid procesfællesskabet et saakaldt uopløseligt af den foran i §§ 46—47, III omhandlede art, er det antageligt, at eden kun kan paalægges en af parterne, da sagen her maa undergives en ensartet afgjørelse. Man savner imidlertid i lovgivningen al veiledning i henseende til, hvilken af de flere parter i saadant tilfælde eden bør paalægges. Dette bliver da overladt dommerens skjøn.[48]

Særeget er forholdet ved kaution,[49] idet her paa grund af kautionsforpligtelsens akcessoriske natur hovedskyldnerens benegtelsesed maa fri forloveren, medens omvendt den omstændighed, at hovedskyldneren undlader at aflægge eden, ikke kan være afgjørende for kautionisten.

Hvor parten er umyndig, maa eden paalægges ham selv, hvis der er tale om kjendsgjerninger, hvorom han selv kan have kundskab,[50] men af værgen, hvis der er tale om kjendsgjerninger, som denne alene kjender til. Har begge lige kundskab, er det rettest at paalægge værgen eden.

IV. Loven har intetsteds udtalt sig om de personlige egenskaber, som maa udkræves hos den, der stedes til partsed.[51] Det er klart, at man maa kræve en vis alder (i hvilken henseende analogien fra N.L. 1—13—19 afgjørende synes at tale for at sætte grænsen ved det 15de aar) samt forstandens fulde brug. Endvidere har man antaget, at dommeren ikke bør paalægge nogen partsed, der ved tidligere forhold (navnlig domfældelse for mened) eller uredelig procedyre under sagen vækker grundet frygt for, at han vil aflægge falsk ed. Hvor en saadan omstændighed kan give grund til overensstemmende med den foran ved note 39 antydede lære at paalægge modparten eden,

[48] Se dog Deuntzer l. c. p. 234, der mener, at eden bør paalægges enhver part, der kan aflægge den, men at sagen dog tabes for alle, naar en enkelt undlader at aflægge eden.

[49] Jfr. Nellemann l. c. p. 739; Deuntzer l. c. p. 235.

[50] Her viser sig betydningen af, at der ikke i undladelsen af at aflægge eden kan sees nogen dispositiv erkjendelse, se foran p. 490. — Jfr. Deuntzer l. c. p. 232.

[51] Jfr. om dette spørgsmaal Ørsted l. c. p. 281 ff.; Schweigaard § 88; Nellemann l. c. § 137; Deuntzer l. c. p. 231—2.

eller hvor det gjælder spørgsmaalet om at lade parten aflægge en fyldingsed, er sætningen ogsaa ubetænkelig. Derimod er der neppe grund til at opstille som almindelig regel, at domfældelse for mened er en afgjørende hindring mod at paalægge menederen ed, selv hvor edsaflæggelsen er i modpartens interesse, og denne f. ex. paa grund af uvidenhed om vedkommende kjendsgjerning ikke selv kan aflægge nogen ed om den.[52] Paa partsed at ville anvende lovbogens regler om vidnehabilitet, der nu ikke længer antages at udelukke fra vidneed, er lige uberettiget for bekræftelses- som for benegtelseseden.

Naar en person angaaende samme kjendsgjerning tidligere har aflagt vidneed, synes der ikke at burde paalægges ham partsed desangaaende, idet herved i en særlig grad fristelse for mened lægges nær.[53]

V. Virkningerne af partseden fremgaar af det foregaaende: Den afgjør med endelig virkning det spørgsmaal, der er forelagt til beedigelse, og dermed selve sagen, forsaavidt dommen — som regelmæssig vil være tilfældet — er gjort betinget af eden. Som senere skal sees, gjælder dette — ialfald for den ved selve dommen paalagte ed — ikke blot for instansen, men overhovedet, idet appel ansees afskaaret efterat aflæggelse af partsed har fundet sted.[54] Selv hvor det senere (f. ex. under en straffesag for mened) bevises, at eden har været falsk, savnes der i vor gjældende lovgivning adgang til at sætte eden ud af betragtning.[55]

Aflægges eden ikke, vil det, der var edstema, ansees afgjort imod den, hvem eden var paalagt. I begge tilfælde

[52] Jfr. Deuntzer l. c. p. 232.

[53] Jfr. Ugebl. for lovk. V p. 318 og Retst. 1892 p. 84 ff. Paa den anden side synes retsbrugen tildels tilbøielig til at lade en saadan vidneed træde i stedet for partsed (saaledes vil f. ex. en under en kriminel sag aflagt vidneed angaaende en underskrifts ægthed kunne træde istedetfor benegtelsesed efter N. L. 5—1—6).

[54] Jfr. Anden del § 144 (p. 70); Schweigaard I p. 407; Ugebl. for lovk. VII p. 86 ff.

[55] Jfr. derimod den tyske civilproceslovs § 580, der i dette tilfælde hjemler gjenoptagelse af sagen.

gjælder disse virkninger imidlertid kun for den enkelte sag. I andre sager vil der med hensyn til vedkommende kjendsgjernings tilværelse intet kunne udledes af edens aflæggelse, og det ligemeget, hvad enten det har været en benegtelses- eller bekræftelsesed.[56] Heller ikke undladelsen af at aflægge en paalagt benegtelsesed vil i en ny sag kunne tillægges bindende virkning; men den vil dog kunne komme i betragtning som indicium.

§ 106.

DE NÆRMERE REGLER FOR EDENS AFLÆGGELSE.[1]

I. Det er allerede foran bemærket, at lovbogen vistnok har tænkt sig partseden paalagt under sagen ved en særskilt kjendelse. Denne fremgangsmaade er fremdeles anvendelig ved den bekræftelsesed, der aflægges i henhold til konkursl. § 94, om end vistnok ogsaa denne kan paalægges ved dommen eller den afsluttende decision. Ligeledes bliver eden at paalægge ved kjendelse, hvor den angaar formalia. I alle andre tilfælde er edens paalæggelse ved dommen nu den eneste anvendelige fremgangsmaade, hvor partens edelige forklaring ikke sker efter væsentlig de samme regler som vidners (foran p. 473 og 499). Er det en værdsættelsesed, hvorom der er tale, lyder dommen ligefrem paa det beløb, hvortil sagsøgeren ved sin ed fastsætter sin erstatning. Dommen selv er altsaa her ubetinget; men domsgjenstanden er ubestemt paa samme maade, som naar dommen lyder paa erstatning efter skjøn. I andre tilfælde af partsed er domsformen den, at den affattes alternativt baade for det tilfælde, at eden aflægges, og at dette undlades.[2] I visse tilfælde vil de alternativer,

[56] Bliver udfaldet af en ny sag, at der findes at burde paalægges samme part ed angaaende samme kjendsgjerning, vil da heller ikke den under den tidligere aflagte ed kunne træde istedetfor ny ed; Deuntzer l. c. p. 229.

[1] Schweigaard § 89; Ørsted Eunomia I p. 300 ff.; Nellemann Ord. civ. procesm. p. 789 ff.; Deuntzer Civilproces § 38.

[2] Exempel paa en bekræftelsesed findes foran p. 494, note 11. Exempel paa benegtelsesed se bl. a. Retst. 1874 p. 436: «Naar appellanten O. K. ved 1ste eller 2det ting, hvortil lovligt varsel kan gives, inden sit værne-

som dommen omfatter, kunne blive flere end tvende. Dette er navnlig tilfældet, naar der er flere parter, og udfaldet bliver forskjelligt, eftersom alle eller kun enkelte parter aflægger eden.

Hvad edstemaets affatning angaar, vil det fornødne fremgaa af det foran p. 501—2 forklarede, idet kun skal tilføies, at, hvor eden skal angaa flere poster, maa selvfølgelig dommen formes saaledes, at hver enkelt af dem særskilt bliver at beedige.

I alle tilfælde, hvor benegtelses- eller bekræftelsesed skal aflægges efter dom, maa denne sætte en frist, inden hvilken eden skal være aflagt. Herom bemærkes:

1) Som udgangspunkt fastsættes i regelen dommens forkyndelse.[3] Hvor intet saadant er anordnet, maa fristen regnes fra dommens afsigelse.

2) Hvad fristens længde angaar, vil det hensigtsmæssigste være at bestemme den til første eller andet ting, hvortil lovligt varsel kan gives, hvilket ogsaa i retsbrugen er det sædvanlige. Fristens udgangspunkt synes her at maatte være dommens forkyndelse.[4] Vælges det at bestemme fristen til et vist tidsrum, vil for de underordnede retter exekutionsfristen frembyde den nærmest liggende analogi.

3) Fristen er ikke at opfatte saaledes, at ikke den, hvem eden er paalagt, før dens udløb skulde kunne sætte

ting med sin korporlige ed benegter, at han har modtaget tillaans af enkemadame M. H. de under sagen omhandlede 150 spd., bør han for C. P.s tiltale i denne sag fri at være mod til denne at betale processens omkostninger for underretten med 10 — ti — spd. (appellanten havde nemlig undladt at møde i forligelseskommissionen uden at legitimere lovligt forfald), og bør den paaankede exekutionsforretning ugyldig at være, hvorhos processens omkostninger for stiftsoverretten og høiesteret ophæves. Trøster appellanten sig derimod ikke til saadan ed at aflægge, bør stiftsoverrettens dom (ved denne var appellanten dømt til at betale de 150 spd. med renter og procesomkostningerne for overretten ophævede) ved magt at stande, dog saaledes, at han til C. P. betaler processens omkostninger med 10 — ti — spd.»

[3] At dette ogsaa er anvendeligt ved høiesteretsdomme, skjønt disse ikke ellers forkyndes, se Retst. 1883 p. 120.

[4] Se dog Hambro Byretsdomme nr. 2128, hvor fristen er antaget at maatte regnes fra udløbet af den i dommen bestemte exekutionsfrist.

sig i bevægelse for at aflægge eden. Den er en præskriptiv frist,[5] i hvilken henseende bemærkes: Hvis dommen er affattet saaledes, at eden skal aflægges ved første eller andet ting, hvortil lovligt varsel kan gives, fremkaldes intet spørgsmaal om, hvad der stanser fristen. Er denne bestemt til et vist tidsrum, kan dommen ikke forstaaes saaledes, at eden inden fristen skal være aflagt; det maa være nok, at stevningen er overleveret stevnevidnerne,[6] hvorhos det maa kræves, at varslet ikke har en usædvanlig længde. Afvises stevningen, vil der efter almindelige regler ikke kunne tillægges denne den virkning at have afbrudt fristen.[7]

Dør den, hvem eden er paalagt, ophører fristen at have nogen betydning, ligesom den stanser i den tid, vedkommende ved sygdom hindres i at aflægge den.[8]

Endelig afbrydes fristen ved appel af edsdommen.

Forøvrigt bemærkes, at, selv om fristen er udløben, vil dommen kunne appelleres, forsaavidt betingelserne herfor ellers er tilstede; og overinstansen er da ved sin afgjørelse af sagen ikke bunden af hensynet til fristens udløb. Den kan uafhængig heraf saavel give ubetinget dom som gjøre udfaldet afhængig af ed paa samme maade som underinstansen.[9] Dette gjælder ogsaa, hvor vedkommende part er død efter fristens udløb, og sagen appelleres af arvingerne.[10]

II. Partseden aflægges altid inden retten; og de undtagelser, som N. L. 1—13—4 opstiller ligeoverfor vid-

[5] I Danmark er der i retsbrugen gjennemført en forskjellig opfatning af fristens udløb, naar eden er paalagt sagvolderen, idet den væsentlig kun tillægges den betydning at stanse exekutionen; jfr. Nellemann l. c. p. 795—6; Deuntzer l. c. p. 245—6.

[6] Jfr. Retst. 1853 p. 9—10; Schweigaard I p. 404—5.

[7] Retst. 1857 p. 388 ff.

[8] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 408.

[9] Afvigende opfatning i første udgave af nærværende skrift. Se imidlertid Schweigaard I p. 407—8; Lasson Appel p. 235—7 (derimod sammes Haandbog II p. 80—1); Bang og Larssen § 389; Nellemann l. c. p. 797; Deuntzer l. c. p. 246 (jfr. sammes Appel p. 143); Retst. 1846 p. 585.

[10] Jfr. Nellemann l. c. § 151; Deuntzer l. c. p. 248—9.

ners afgivelse af sin forklaring i retten, kan ikke bringes til anvendelse paa partsed. I almindelighed udtrykkes dette i selve edsdommen ved det krav, at eden skal være «korporlig», hvorved iøvrigt ogsaa udelukkes, at den aflægges af nogen anden paa dens vegne, hvem eden direkte er paalagt.

Eden foranlediger saaledes en særegen rettergang (edssag), om hvilken bemærkes:

1) Edssagen maa indledes ved stevning til modparten fra den parts side, der har at aflægge eden[11]. At ny forligsmægling ikke er nødvendig, er selvfølgeligt.

2) I edsdommen udtales i almindelighed, at eden skal aflægges ved den sværgendes værneting. Det samme vil man vistnok antage, om dommen intet desangaaende bestemmer, i hvilket tilfælde dog vel den, hvem eden er paalagt, ogsaa maa have adgang til at tilstevne edssagen til modpartens værneting, om han foretrækker det[12]. Er den, der skal aflægge eden, en udlænding, kan det efter l. 28 juni 1897 ikke være udelukket, at eden aflægges i udlandet efter en retsanmodning, formet paa den i lovens § 3 omhandlede maade; men der synes ogsaa at maatte være adgang til at give udlændinge valget mellem modpartens og hovedsagens værneting[13], og denne fremgangsmaade vil anbefale sig i alle tilfælde, hvor vedkommende tilhører et land, hvis myndigheder ikke er traktatmæssig forpligtede til at efterkomme anmodningen.

Eden bliver regelmæssig at aflægge ved de ordinære retter. Men hvor den er paalagt af en særret, maa den kunne aflægges for denne ret i de samme tilfælde, i hvilke

[11] At edsstevningen kan rettes til modpartens procesfuldmægtig, er antaget i Retst. 1898 p. 488. — At foruden stevning ogsaa edsdommen maa være forkyndt for modparten, kan ikke kræves; se dog Hambro l. c. nr. 2126 jfr. derimod nr. 2113.

[12] Jfr. Nellemann l. c. p. 790—1. — Et saadant valg staar derimod ikke edscitanten aabent, naar dommen har anordnet, at eden skal aflægges ved hans værneting; se Retst. 1898 p. 336.

[13] Jfr. foran § 98. — Se forøvrigt her den i Hambro l. c. nr. 2112 meddelte edsdom: «Saafremt citanten, høiesteretsadvokat I., som mandatar for F. D. i Rouen, efter forudgaaende lovlig omgang til første eller andet ting, hvortil lovligt varsel kan gives, tilveiebringer F. D.s korporlige ed om, at o. s. v.»

en saadan kan modtage edelige vidneforklaringer[14]. Har hovedsagen været underkastet særegne procesregler (f. ex. gjæsteretsbehandling), maa disse, forsaavidt dertil er anledning, ogsaa komme til anvendelse paa edssager[15].

Er parten for syg til at møde i retten, maa extraret kunne berammes i hans hjem til modtagelse af eden.

3) Er edsdommen paaankelig, kan edens aflæggelse stanses ikke blot ved fremlæggelse af ankestevning, men efter frdn. 5 novbr. 1723 ved den blotte erklæring om appel. Den opsættende virkning af en saadan erklæring er dog indskrænket til en vis i frdn. 14 sept. 1792 nærmere bestemt frist (regelmæssig 3 maaneder)[16]

Hvis den, der har fremstillet sig til edsaflæggelse, men er bleven stanset ved appel eller erklæring om appel, senere dør eller paa anden maade endelig hindres fra at aflægge eden, kan der spørges, om han i henseende til sagens udfald bliver at betragte, som om han havde aflagt eden[17]. Dertil er dog neppe tilstrækkelig føie. Kommer overinstansen til det resultat, at sagen kan afgjøres uden ed, opstaar ikke spørgsmaalet. Kommer den til det resultat, at beviset er ufuldstændigt uden eden, maa sagen afgjøres paa samme maade, som om den part, hvem eden i tilfælde blev at paalægge, var død før sagsanlægget[18].

4) Den dommer, der modtager eden, maa forelægge edstemaet uforandret, selv om han maatte opdage mangler eller endog aabenbare unøiagtigheder eller utydeligheder. Derimod er han baade berettiget og forpligtet til i fornødent fald at fortolke det[19].

5) Om formerne for selve eden gjælder det samme som om vidneed, hvorom nedenfor i § 113.

[14] Jfr. om skifteretterne konkursl. 6 juni 1863 § 129 og l. 24 april 1869 § 1.

[15] Jfr. Hambro l. c. nr. 2117—8; Retst. 1876 p. 95.

[16] Jfr. Schweigaard I p. 405—6; Hambro l. c. nr. 2130.

[17] Dette antages af Schweigaard I p. 408 under forudsætning af, at den, der skulde aflægge eden, havde tilstevnet edssagen i rette tid.

[18] Jfr. Nellemann § 151.

[19] Jfr. Deuntzer l. c. p. 247—8.

II. VIDNEBEVISET[1]

§ 107.

OM BEGREBET VIDNE.

Fra vor gjældende civilproces's standpunkt er som vidne at betragte enhver tredjemand, der for retten afgiver forklaring i sagen uden at have modtaget nogen offentlig opnævnelse til at udtale sig. Det er saaledes i civilprocessen væsentlig personens rent ydre processuelle stilling, der udgjør vidnebevisets begrebsmæssige forskjel fra andre bevismidler, ikke saa meget dets egen indre beskaffenhed, der imidlertid kommer i betragtning ved begrænsningen af det naturlige omraade for vidnebeviset og derigjennem faar betydning saavel for bestemmelsen af vidnepligten som for bedømmelsen af vidnesbyrdets vægt.

Til nærmere belysning af vidnebegrebet bemærkes iøvrigt:

1) Vidne er en tredjemand, d. e. en person, der ikke er part i sagen, idet, som i det foregaaende forklaret, særegne regler kommer til anvendelse paa partens forklaring og edfæstelse.

2) Vidnet afgiver forklaring. Derved adskiller det sig fra personer, der benyttes som reelt bevismiddel, idet det er egenskaber ved dem, der har bevisende betydning (f. ex. til at konstatere lighed med en anden person i udseende eller stemme). Om forklaringen er af betydning for sagen, kommer ikke i betragtning. I lovens forstand er ogsaa den vidne, der er indkaldt for at afhøres, men hvis eneste udsagn gaar ud paa, at han intet ved om sagen.

Ogsaa iøvrigt er forklaringens indhold forsaavidt uden betydning, som de processuelle regler om formerne for

[1] Se Ørsted Udførlig fremstilling af læren om vidnebeviset efter de danske og norske love, sammenholdt saavel med fremmede love som med almindelige lovgivningsgrundsætninger i Eunomia IV p. 165 ff. (Om denne afhandlings grundlæggende betydning se Nellemann A. S. Ørsteds betydning I p. 128 ff.); Schweigaard §§ 90—110; Nellemann Ord. civ. procesm. §§ 81 ff.; Deuntzer Civilproces §§ 39 ff.

vidneforklaring finder anvendelse i alle tilfælde. Det kommer saaledes i denne henseende ikke an paa, om vidnet forklarer sig om kjendsgjerninger eller om de erfaringssætninger, der efter det p. 441—2 udviklede i mange tilfælde er forudsætning for, at dommeren kan træffe sin afgjørelse, eller om saadanne sætningers anvendelse paa givne kjendsgjerninger. Det naturlige omraade for vidnebeviset er imidlertid oplysning af kjendsgjerninger, uden hensyn forøvrigt til, om vidnet tilfældig eller efter anmodning, tidligere eller under og i anledning af sagen, har iagttaget disse, ligesom ogsaa uden hensyn til, om iagttagelsen kan gjøres af enhver eller forudsætter særlige indsigter (sagkyndige vidner), medens belysning af erfaringssætninger og deres anvendelse naturlig sker ved opnævnte sagkyndige (syn og skjøn)[1]. Og dette faar, som bemærket sin betydning saavel ved afgjørelsen af vidnepligtens udstrækning som bedømmelsen af vidnesbyrdets vægt.

3) Vidnet forklarer sig for retten. Udenretslige udtalelser kan vistnok forelægges retten gjennem skriftlig eller mundtlig meddelelse; men i sidste tilfælde er det meddeleren, der optræder som vidne, og i første tilfælde er det reglerne for skriftlige beviser, der kommer til anvendelse. Noget andet er det, at undtagelsesvis en saadan middelbar meddelelse af lovgivningen er tillagt samme virkning som et umiddelbart for retten aflagt vidnesbyrd (jfr. N. L. 1—13—4).

4) Vidnet har ingen offentlig opnævnelse. Heri adskiller vidnebeviset sig fra bevis ved syn og skjøn, der afgives af opnævnte eller af begge parter i forening udvalgte mænd.

§ 108.

BETINGELSERNE FOR AT KUNNE VÆRE VIDNE (UDELUKKELSESGRUNDE).

I. De grunde, der efter vor nu gjældende civilprocesret udelukker en person fra at kunne afhøres som vidne

[1] Se Schmidt Lehrbuch p. 263; Deuntzer Civilproces p. 250.

i en civil sag, kan henføres til to klasser: a) grunde, der udelukker vidnet fra overhovedet at afgive forklaring, b) grunde, hidrørende fra, at loven ikke ønsker det, der er vidnesbyrdets gjenstand, aabenbaret eller ialfald ikke aabenbaret af den person, om hvis afhørelse som vidne der er spørgsmaal.

Ad a) Den førstnævnte grund[1] kan være tilstede ligeoverfor ganske spæde børn samt ligeoverfor personer, der ikke har forstandens brug. Derimod kan der ikke opstilles som en almindelig regel, at ingen sindssyg eller aandssvag person kan fremstilles og afhøres som vidne, om der end her vil savnes tvangsmidler, og bevisværdien vil kunne være ringe[2]. Endnu mindre kan den omstændighed, at vedkommende var sindssvag, da den omspurgte begivenhed foregik, udelukke hans vidnesbyrd, om den end kan gjøre det værdiløst[3].

Hvad særlig ung alder angaar, kan man ikke i den her omhandlede henseende lægge vægt paa den aldersgrænse, som N. L. 1—13—19 opstiller for edfæstelse, idet den senere retsbrug tilsteder unge personers afhørelse, selv hvor de ikke kan edfæstes[4].

Ad b) Af hensyn til bevisets gjenstand finder udelukkelse fra vidnesbyrd sted i følgende tilfælde[5]:

1) Præster er ved N. L. 2—5—19 forbudt at aabenbare, hvad der er dem betroet i lønligt skriftemaal[6], med mindre derved nogen «ulykke» kan forebygges[7]. Det citerede udtryk maa forstaaes strengt, saa at forbudet ikke ophører at virke derved, at vidnesbyrdet i en civil sag berører stor materiel velfærdsinteresse for en part. Ved præster maa vistnok i analogi med strpl. § 178 forstaaes

[1] Jfr. Schweigaard § 91.
[2] Jfr. iøvrigt Forelæsningerne over straffeproces p. 366 med note 3.
[3] Anderledes Schweigaard I p. 413.
[4] Jfr. Schweigaard I p. 415.
[5] Jfr. Schweigaard § 98.
[6] Jfr. hermed Forelæsningerne over straffeproces p. 369; Hambro Byretsdomme nr. 2300.
[7] Denne indskrænkning er ikke bibeholdt i den tilsvarende bestemmelse i udk. til r. l. kap. XIV § 7, 1.

ikke blot statskirkens, men ogsaa andre anerkjendte trossamfunds præster.

2) Ved frdn. 19 juli 1793 er det forbudt sagførere at aflægge vidnesbyrd i nogen sag, der enten har været dem betroet (nemlig til udførelse for retten), eller hvori deres raadførsel har været benyttet, forsaavidt de spørgsmaal, der til dem fremsættes, ikke kan besvares uden ved at aabenbare, hvad dem af deres part er betroet[8]. Derimod udelukkes de ikke fra vidnesbyrd derved, at de paa anden maade har medvirket ved det, der er tvistens gjenstand (f. ex. ved affattelsen af en kontrakt el. lign.). Heller ikke udelukkes fra vidnesbyrd personer, der har været benyttede ved en retssags udførelse uden at have autorisation som sagførere. Frdn. 1793 synes heller ikke efter analogien af strpl. § 178 at være modtagelig for udvidelse til forsvarere i straffesager[9]. Vilkaarene for taushedspligten er nemlig anderledes bestemte i frdn. 1793 end i strpl. § 178, idet det første lovbud ikke som det sidste gjør det samme forbehold som for præster.

3) Apotekere skal efter frdn. 4 decbr. 1672 § 24 «holde forborgent, hvad de af recepterne erfarer om sygdomme, som parterne ikke gjerne vil have aabenbaret, med mindre nogen mærkelig fare er at befrygte». Denne forskrift har i almindelighed efter de udtryk, hvori den er affattet, været antaget ikke at gjælde for det tilfælde, at vidnesbyrd ved retten affordres vedkommende[10]. Denne opfatning har dog ingen støtte i lovstedets ord; forbeholdet i frdn. 1672 synes naturligst at burde opfattes overensstemmende med det tilsvarende forbehold i N. L. 2—5—19. Og antages det først, at lovgivningen forbyder apotekere at vidne om, hvad de har erfaret i sit kald, er det klart, at det samme saa meget mere maa gjælde læger[11], om hvilke lovgivningen for civilprocessens vedkommende tier. Dette synes nu saa meget ubetænkeligere at kunne anta-

[8] Jfr. Hambro l. c. nr.ne 2294—7, 2299.
[9] Disse er derimod medtagne i udk. til r. l. kap. XIV § 7, 2.
[10] Jfr. Ørsted Eunomia IV p. 380; Schweigaard I p. 452.
[11] Jfr. Ørsted l. c.

ges, efterat strpl. § 178 har gjennemført den rigtige opfatning for straffeprocessens omraade[12].

Jordmødre er ved l. 19 decbr. 1898 nr. 2 § 5 paalagt taushedspligt med hensyn til, hvad der under udøvelse af deres kald betroes dem, «med mindre aabenbarelsespligt følger af den almindelige lovgivning.» Herved sigtes vistnok kun til de tilfælde, hvor det er pligt at anmelde forbrydelser (se nu str.l. §§ 139 og 387, 2), ikke til retslige vidneforklaringer; og for disses vedkommende maa regelen antages at være den samme som for apotekere og læger[13].

4) Efter forl.l. 1824 § 79 (jfr. l. 17 juni 1880 § 7) er det forbudt forligelseskommissærer at aflægge vidnesbyrd om, hvad der angaaende den indklagede sag under dens behandling i forligelseskommissionen er bleven foreslaaet, tilstaaet eller forhandlet[14].

5) L. 23 juli 1894 (nr. 10) § 27 paalægger lignings-, overligningskommissioner og amtsskattekommissioners medlemmer samt deres medhjælpere taushedspligt med hensyn til, hvad de under udførelsen af sit hverv maatte erfare angaaende nogens formuesforhold; og denne taushedspligt maa ogsaa gjælde ved vidnesbyrd.

Strp.l. § 178, 3dje led bestemmer, at det der givne forbud bortfalder, naar den, der har krav paa hemmeligholdelsen, samtykker i vidnesbyrdets afgivelse. En tilsvarende regel maa som begrundet i de her omhandlede forskrifters natur ogsaa bringes til anvendelse paa de for civilprocessen gjældende forbud mod aabenbarelse af, hvad man under udøvelsen af visse kald har faaet at vide[15]. Herved maa imidlertid erindres, at den, der kan løse vidnet fra taushedspligten, ikke altid vil være en af sagens

[12] Efter l. 17 marts 1866 § 51 var læger alene fritagne for at vidne om, hvad der var dem betroet i deres kald.

[13] Udk. til r. l. kap. XIV § 7, 3 forbyder — uden samtykke af den, der har krav paa hemmeligholdelsen — lægers og jordmødres vidnesbyrd «med hensyn til betroelser angaaende sygdomme, svangerskab eller fødsel», men har ingen bestemmelse om apotekere.

[14] Se foran p. 121 med note 11; jfr. Retst. 1856 p. 737; 1860 p. 31; 1866 p. 522; Ugebl. f. lovk. V p. 405; Hambro l. c. nr. 2286.

[15] Jfr. Schweigaard § 98 i. f.; Hambro l. c. nr. 2298. Se ogsaa udk. til r. l. kap. XIV § 7.

parter, og at derfor ikke i alle tilfælde disses enighed om vidnets førelse vil være tilstrækkelig.

6) Udenfor det i forl.l. § 79 omhandlede tilfælde haves der ikke i lovgivningen nogen forskrift, der udtrykkelig forbyder den, der i kraft af et offentligt hverv kommer til kundskab om noget, som skal holdes hemmeligt, at aflægge vidnesbyrd derom. Strl. § 121 sætter straf for den tjenestemand, der aabenbarer, hvad der i tjenestens medfør er blevet ham betroet eller ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som tjenestehemmelighed; men heri ligger egentlig i og for sig ingen regel for hemmeligholdelsespligtens omfang, idet, hvad her spørges om, netop er, hvorvidt den ogsaa strækker sig til retsligt vidnesbyrd. Spørgsmaalet opstaar forøvrigt ikke blot for de egentlige offentlige tjenestemænd[16], men ogsaa for andre, der ifølge sin stilling er kommen til kundskab om hemmelige forhandlinger (f. ex. stortingsforhandlinger eller retsmøder for lukkede døre)[17]. Strpl. § 180 indeholder kun forbud mod, at hemmelige underhandlinger, raadslagninger eller beslutninger i sager, hvorpaa rigets sikkerhed eller rettigheder i forhold til nogen anden stat beror, uden kongens tilladelse gjøres til gjenstand for vidnesbyrd[18]. Imidlertid er der neppe grund til at fortolke denne bestemmelse antitetisk. Forholdets natur synes nærmest at tilsige, at en taushedspligt, der er paalagt i kraft af en lov eller en regel given af en dertil kompetent embedsmyndighed, ialfald i civile sager er en hindring mod vidnesbyrds aflæggelse[19].

Et taushedsløfte, givet en privatmand, medfører derimod ingen udelukkelse af vidnesbyrd.

II. Efter lovbogen havde de grunde, der udelukkede fra vidnesbyrd, et langt videre omraade, idet ogsaa de saa-

[16] Jfr. saaledes om telegrafvæsenets betjente bekj.gj. 11 juni 1855 post 5, om postbetjente l. 12 mai 1888 § 44.

[17] Jfr. strpl. §§ 115, 163; l. 11 april 1863 §§ 1 og 3.

[18] Saaledes ogsaa udk. til r. l. kap. XIV § 6.

[19] Jfr. Nellemann l. c. p 505 ff.; Deuntzer l. c. p. 254—5; Schweigaard I p. 453—4, hvis udtryk dog er mere ubestemte. Jfr. ogsaa dept.skr.r 4 novbr. 1857 og 23 decbr. 1859.

kaldte inhabilitetsgrunde eller omstændigheder, der forringer vidnets troværdighed, udelukkede fra vidnesbyrd. Dette gjaldt saaledes: 1) det, at vidnet var en ukjendt person (N. L. 1—13—5), 2) betingelsesvis slægtskabs- og andet afhængighedsforhold til parten (N. L. 1—13—17), 3) delagtighed i den gjerning, der omhandledes under sagen (N. L. 1—13—18), 4) ung alder (N. L. 1—13—19), 5) forbrydersk vandel (N. L. 1—13—20). Vistnok bruger ikke alle disse lovsteder udtryk, der ligefrem udelukker vidnet fra at føres, idet det i de fleste af stederne kun siges, at vidnerne ikke skal «ansees» eller «staa til troende». Men fra lovbogens standpunkt, der søgte at drage en skarp grænse mellem troværdighed og utroværdighed og som i denne henseende intet overlod til dommerens skjøn, var det ganske klart, at et vidne, der ikke fyldte lovens maal, ikke blev at føre. Imidlertid var dog den part, mod hvem vidnet skulde føres, nærmest til at fremsætte indsigelser mod det; og det blev den herskende opfatning, at, hvor saadanne ikke fremkom, skulde vidnet føres. At et inhabilt vidnes prov kom til at foreligge for dommeren, kunde ogsaa være en følge af, at det var ført for en anden dommer, og at denne ikke — hvad han dog altid havde kompetens til — havde løst habilitetsspørgsmaalet, eller at han havde løst det i en urigtig retning. Isaafald var neppe dommeren i hovedsagen afskaaret fra at tage dette spørgsmaal under selvstændig paakjendelse[20]. Men naar saaledes inhabile vidners prov overhovedet kunde komme til at foreligge for dommeren, var det under den materielle bevisprøvelses videre udvikling naturligt, at han ledede des til ogsaa at underkaste dem en prøvelse efter beskaffenheden af deres indhold[21]; og lidt efter lidt fæstnedes saaledes den nu gjældende regel, hvorefter de inhabile vidner i alle tilfælde skal føres og lovens inhabilitetsgrunde alene tages i betragtning ved bedømmelsen af vidnesbyrdets vægt, hvormed hænger sammen, at tingsvidnedom-

[20] Jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 192 ff.

[21] Efter den af Sylow l. c. p. 200 citerede dom fra 1687 synes denne opfatning tildels meget snart efter lovbogen at have gjort sig gjældende i retsbrugen.

meren ikke længer i noget tilfælde har at tage hensyn til inhabilitetsgrundene, men at dette altid tilkommer dommeren i hovedsagen[22].

Kun paa et punkt hersker der endnu nogen uklarhed i den heromhandlede henseende, hvilket dog mindre hænger sammen med fortolkningen af lovbogens hidhørende bestemmelser end med tvivlsmaal angaaende den rette grænse mellem partsed og vidneed. Herom bemærkes:

Ved afgjørelsen af, hvem der som part i sagen efter de i § 102 fremstillede regler er afskaaret fra at afgive vidnesbyrd, maa vedkommendes materielle interesse i sagens udfald forsaavidt tillægges betydning, som det ikke kan være nok til at udelukke en person som vidne, at han formelt er gjort til part, naar han i virkeligheden reelt staar ganske udenfor sagen, idet det ellers vilde staa i en parts magt at forspilde modpartens vidner ved *pro forma* at indstevne dem som parter og nedlægge paastand mod dem eller formaa dem til at deltage *pro forma* i sagsanlægget[23]. Men er saaledes paa den ene side den formelle partsstilling ikke tilstrækkelig til at udelukke fra vidnesbyrd, saa er paa den anden side heller ikke den reelle interesse i sagens udfald nogen udelukkelsesgrund, naar den ikke er forbundet med den formelle partsstilling. Denne sætning har ogsaa i teorien fundet almindelig tilslutning[24]. Derimod er den ikke helt ud anerkjendt i retsbrugen, hvor høiesteret befølger en opfatning, der kan gjengives saaledes: Egen interesse af samme art og styrke som en parts udelukker fra vidnesbyrd, derimod ikke en mere fjern og afledet in-

[22] Jfr. Ørsted l. c. p. 223 og 266 ff.; Schweigaard § 92 i. f. og § 95; Nellemann l. c. p. 522—3.

[23] Jfr. Schweigaard I p. 442; Hambro Byretsdomme nr. 2196. Noget andet er det, at det ofte vil falde vanskeligt at bevise, at deltagelsen i processen alene er *pro forma*.

[24] Jfr. Nellemann l. c. p. 494; Schweigaard § 95 i. f. (p. 445), hvor det heder: «Der bør i civile sager intet være til hinder for, at vidnet, naar det ingen indsigelse gjør, afhøres, uagtet det staar i det forhold til sagen, der henhører under N. L. 1—13—18, naar det blot ikke i formen er gjort til part.»

teresse[25]. Denne lære er imidlertid uantagelig. Den savner lige meget støtte i den positive lovgivning som i sagens natur:

a) Den kan ikke grundes paa N. L. 1—13—18, der forbyder at føre som vidne dem, «der selv i den gjerning med have været, hvorom de skulle vidne». Ligesom denne artikels udtryk alene passer paa dem, der er medskyldige i en forbrydelse[26], saa bestyrkes det ogsaa ved artikelens forhold til den ældre danske retsbrug, at den kun har sigtet hertil[27]. Den senere fortolkning[28] har vistnok forstaaet den anderledes og anseet meddelagtighed i gjerningen som et udtryk for egen interesse i almindelighed. Men selv om man vilde anse denne fortolkning fastslaaet, maatte dette dog paa den ene side medføre, at egen interesse gjorde vidnet inhabilt, naar den blot var tilstrækkelig stærk og paatagelig, og paa den anden side kunde inhabiliteten efter den gjældende rets grundsætninger i lighed med, hvad der nu antages om lovbogens øvrige inhabilitetsgrunde, alene tillægges den virkning at svække vidnets troværdighed, ikke den at udelukke det fra at føres.

b) Den omhandlede lære kan heller ikke grundes paa analogien fra partsed. Betragtningen maatte isaafald være omtrent følgende: Naar lovgivningen ikke vil, at parterne skal edfæstes uden efter paalæg af dommeren og under visse i loven nøie angivne vilkaar, maa det være for at forhindre den misbrug af eden, hvortil forklaring af en person med parts interesse i sagen let kan indeholde fristelse; men denne betragtning maa da gjælde ogsaa saadanne i sagens udfald interesserede personer, der ikke formelt er gjorte til parter. Om denne slutning overhovedet havde noget værd, vilde den ikke lede til udelukkelse af vidnesbyrd, men alene af det interesserede vidnes edfæstelse. Men den hele betragtning overser den

[25] Se især Retst. 1876 p. 776; 1883 p. 536 og 1895 p. 625; jfr. ogsaa Hambro l. c. nr.ne 2139—2162, 2224—5, 2227.

[26] Jfr. især Nellemann l. c. p. 478 ff.

[27] Jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 214 ff.

[28] Jfr. Ørsted l. c. p. 286 ff.

væsentlige forskjel, der er mellem en parts og et vidnes stilling. Lovgivningens bestemmelser om parts ed viser, at den ikke anser det utilstedeligt at gjøre endog den hele sags udfald afhængig af partens egen edelige udtalelse. Kun formerne for denne udtalelse er forskjellige, idet lovgivningen har fundet de for vidners afhørelse gjældende regler, hvorved under forhandlingsmaximen en væsentlig vægt ligger paa parternes egen medvirkning, uanvendelige, naar parten selv skal aflægge edelig udtalelse. At sagen ikke stikker dybere, bevises fra vor gjældende rets standpunkt bedst ved strpl. § 450: parten kan afhøres efter de for vidner gjældende regler, naar han indtaler et civilt retskrav i de for straffeprocessen gjældende rettergangsformer. Denne bestemmelse viser klart nok, at lovgivningen ikke tillægger fristelsen til falsk ed nogen afgjørende betydning i den heromhandlede retning. — Ogsaa en anden betragtning viser det uholdbare i at paaberaabe analogien fra parts ed. Den af høiesteret befulgte opfatning vil nemlig lede til, at adgangen til at faa en interesseret tredjemands edelige udtalelse bliver snevrere end til at faa partens. Kan tredjemand ikke afhøres som vidne, kan han overhovedet ikke afhøres. Ti, som før paapeget, ligger den udvei at gjøre sagens udfald afhængig af tredjemands ed udenfor loven. Den er ogsaa i sig selv mislig, idet virkningen af, at en part undlader at aflægge eden, beror paa, at han derved frembringer en stærk formodning mod sig. Men nogen saadan formodning kan ikke paa nogen maade udledes af tredjemands undladelse, da han ikke har nogen stærk opfordring til at udtale sig, saasandt han ikke har nogen pligt dertil og sagen heller ikke direkte angaar ham.

c) Den her bekjæmpede lære opstiller en regel, der ikke lader sig sikkert gjennemføre, og som derfor nødvendigvis maa lede til ganske vilkaarlige afgjørelser, idet det er umuligt at angive graden og styrken af den interesse, som skal udelukke fra vidneførsel[29]. Det lader

[29] Retsbrugen bærer ogsaa tilstrækkeligt vidnesbyrd om saadan vilkaarlighed: I Retst. 1876 p. 776 antoges en medeier i en sameiestræk-

sig høre, at man giver dommeren adgang til at undlade edfæstelse, naar det efter beskaffenheden af vidnets prov kan antages, at vidnets interesse i sagen gjør dets vidnesbyrd særdeles upaalideligt (jfr. strpl. § 187). Men skal man have en regel, som paa forhaand udelukker visse personer, ikke blot fra edfæstelse, men fra afhørelse, maa denne være skarp og klar, og en saadan regel kan man alene faa ved at lade vedkommendes formelle partsstilling være afgjørende.

Kun ét forhold frembyder eiendommeligheder, der gjør en særegen behandling paakrævet, nemlig forholdet mellem ægtefæller, forsaavidt der finder formuesfællesskab sted. Her kan det med en vis føie siges, at i sager, der angaar fællesboet, er begge ægtefæller parter, selv om sagen formelt kun er rettet mod manden. Overensstemmende hermed forbyder pl. 16 septbr. 1778, at den ene ægtefælle i sager, «hvori begge ægtefæller ere implicerede», «stevnes til at vidne mod den anden». Konsekvent bør det samme antages, hvor det er den ene ægtefælle, der

ning at være afskaaret fra at vidne i en strid mellem en anden sameier og en tredjemand, der paastod havneret i sameiestrækningen, hvorimod en husmand, der havde havneret i samme strækning, antoges at kunne føres som vidne. — I Retst. 1883 p. 536 ff. dreiede sagen sig om en vandledningsret, som eierne af gaardene Solbakken og Solhaug under ét havde erhvervet over gaarden Vindern; tvisten stod mellem eieren af den sidste gaard og eieren af Solhaug; denne antoges udelukket fra at føre eieren af Solbakken som vidne om, hvad der var passeret mellem ham og eieren af Vindern med hensyn til vandledningens anlæg. — Retst. 1887 p. 330 (jfr. 1900 p. 101): Fuldmægtigen førtes som vidne med hensyn til spørgsmaalet om hans fuldmagts existens, uagtet der vilde være mulighed for ansvar for ham, hvis fuldmagten ikke existerede. — Retst. 1902 p. 118: i sag mod et aktieselskab kan ikke medlemmer af dettes direktion føres som vidne; jfr. Hambro l. c. nr.ne 2237—2249. Jfr. ogsaa Retst. 1873 p. 839; 1876 p. 556; 1887 p. 449 og 453; 1888 p. 580; 1894 p. 779 og 788; 1895 p. 282 (overretsdom, hvorved konkursskyldneren antoges at kunne føres som vidne i sag mod hans konkursbo, jfr. herom Hambro l. c. nr.ne 2229—2236, der viser, at byrettens praxis med hensyn til dette spørgsmaal har været vaklende. Se Fjerde del p. 154). Se endvidere Retst. 1896 p. 855; 1897 p 77 og 504; Hambro l. c. nr.ne 2162—2228. Det fortjener ogsaa at nævnes, at allerede før strpl. antoges den privat fornærmede at kunne føres som vidne under straffesagen.

ønsker at føre den anden til gunst for sig[30]. Paa den anden side bør da ogsaa reglerne om partsed bringes til anvendelse paa begge ægtefæller, saa at sagen kan gjøres afhængig ogsaa af den ikke indstevnte ægtefælles ed. Den i forordningen udtalte regel gjælder derimod ikke, hvor sagen angaar den ene ægtefælles særeie[31]; ti i saadanne sager kan ikke med sandhed begge ægtefæller siges at være «implicerede»; og det samme gjælder, hvor sagen udelukkende angaar den ene ægtefælles personlige forhold.

III. N. L. 1—13—22 og 23 udelukker vidnesbyrd, der ikke er afgivet inden en vis tid, efter at vidnet gjorde sin iagttagelse. Medens den første artikel ved selve sit udtryk «paasagn» leder tanken hen paa, at den kun angaar fornærmelige udtalelser, er der i N. L. 1—13—23, der anordner en almindelig præskriptionsfrist af et aar for vidnesbyrd om, «hvis nogen af andens mund hørt haver», intet, der tyder paa, at den skulde være begrænset til kun at gjælde den nævnte klasse mundtlige udtalelser; og der er heller ikke grund til at antage, at dette har været meningen[32]. Imidlertid blev det allerede fra første halvdel af forrige aarhundrede den almindelige, nu forlængst fastslaaede fortolkning, at begge de nævnte lovsteder alene gjaldt æresfornærmelser og alene kom til anvendelse i sager angaaende saadanne[33]. Men i denne begrænsning er lovstederne den civile proces uvedkommende, og paa straffeprocessens felt maa de antages at være bortfaldne ved strpl. af 1887[34].

[30] Jfr. Schweigaard I p. 421; Nellemann l. c. p. 473—4 Deuntzer l. c. p. 253—4; Retst. 1837 p. 642 og 1853 p. 309; Hambro l. c. nr.ne 2262—6.

[31] Jfr. dog den i Retst. 1895 p. 189 meddelte byretskjendelse.

[32] Jfr. Nellemann l c. p. 553—4, hvor det oplyses, at det paa lovbogens tid var en gammel nedarvet retsanskuelse, at vidnesbyrd om ytringer, der var faldne for lang tid siden, ikke gjaldt mod vedkommendes benegtelse. Jfr. ogsaa Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 224.

[33] Jfr. Ørsted Eunomia IV p. 640 ff.; Schweigaard § 100; Nellemann Ord. civ. procesmaade; Deuntzer Civilproces § 41, hvor argumenterne for og imod den herskende fortolkning er udførlig prøvede

[34] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 357.

§ 109.

VIDNEPLIGTEN. DENS STEDLIGE OG SAGLIGE BEGRÆNSNING.[1]

I. Vidnepligten omfatter: at møde i retten (jfr. frdn. 3 marts 1741 § 2), at afgive forklaring i sagen og at beedige denne (jfr. N. L. 1—13—7). Nærmere bemærkes:

a) I stedlig henseende er vidnepligten begrænset til vidnets «værneting» (jfr. N. L. 1—13—2), hvorved maa forstaaes enhver domstol, der har kompetens til at modtage vidneprov[2] og inden hvis retskreds vidnet har sin bolig. At vidnet tilfældigvis opholder sig inden en anden retskreds, eller endog er tilstede i retten der, begrunder ingen pligt til at vidne udenfor hjemtinget. Derimod kan det ved aftale forpligte sig til at møde ved en anden ret (N. L. 1—13—3).

b) I saglig henseende omfatter vidnepligten afgivelse af forklaring om, hvad vidnet har iagttaget, til belysning af spørgsmaal, der har retslig interesse for parterne. Heri ligger:

1) Vidnets forpligtelse gaar ud paa at afgive forklaring om «hvad det enten af dommeren eller parterne bliver tilspurgt om»; jfr. N. L. 1—13—7. Det har ingen pligt til at lade sig benytte som forsøgsobjekt.[3] Vidnet har heller ingen pligt til at gjøre iagttagelser eller anstille forsøg for paa grundlag deraf at kunne afgive forklaring.[4]

2) Vidnet er forpligtet til at forklare sig om, hvad det har iagttaget. Om denne iagttagelse er gjort tilfældig eller efter opfordring, om den er gjort uafhængig

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 68.

[2] Jfr. foran p. 170—1. Hvor der til en fast søret i kjøbstad er henlagt et tilgrænsende landdistrikt i henhold til søf.l. 20 juli 1893 § 313, er det saaledes ikke tvivlsomt, at vidner fra det sidste er forpligtede til at møde i byen.

[3] Jfr. foran p. 511.

[4] Jfr. Deuntzer l. c. p. 259, der fremhæver, at dette gjælder, selv om det ikke vilde være forbunden med nogen synderlig uleilighed for vidnet at gjøre en vis iagttagelse, f. ex. efterse sine regnskaber, eller tage i øiesyn en ting, der ikke haves tilstede i retten.

af eller med særligt hensyn til den verserende rettergang, om iagttagelsen havde kunnet gjøres af enhver eller forudsætter særlige faglige indsigter, er ligegyldigt. Har vidnet først gjort sin iagttagelse, er det ogsaa forpligtet til at meddele den. Derimod er vidnet ikke forpligtet til at meddele andet end sine iagttagelser. Dets pligt gaar kun ud paa at meddele kjendsgjerninger, ikke til at udtale domme eller skjøn (f. ex. om en vares godhed, en handlemaades forsvarlighed o. lign.),[5] og heller ikke til at udtale sig om almene sætninger, være sig retssætninger eller erfaringssætninger.[6]

3) Vidnet har alene forpligtelse til at afgive forklaringer, der har en paaviselig retslig betydning for den foreliggende sag (jfr. N. L. 1—13—7: «til sagens oplysning»).[7] Heri ligger betryggelsen mod misbrug af vidnepligten til at fremdrage private anliggender.

II. Vidnepligten er i civile sager ikke betinget af, at vidnet faar godtgjørelse for sine med mødet for retten forvoldte udgifter.[8]

§ 110.

FORTSÆTTELSE. FRITAGELSESGRUNDE [1]

I. En begrænsning af vidnepligten fremkommer derved, at loven i visse tilfælde fritager en person fra at vidne

[5] Er vidnet villigt til at forklare sig herom, er der intet til hinder derfor; og naar man hyppig i retsbrugen ser, at der fra parters side protesteres mod, at skjønsmæssige spørgsmaal forelægges vidnet, beror dette paa en overseen af, at parternes tarv tilstrækkelig varetages ved, at vidnernes skjønsmæssige udtalelser regelmæssig ikke vil have samme bevisværdi som deres udtalelser om, hvad de har iagttaget. Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 2283—5.

[6] Hambro l. c. nr. 2280.

[7] Jfr. Schweigaard § 99. Jfr. til belysning Retst. 1895 p. 854, 1897 p. 504; Hambro l. c. nr.ne 2272—9, 2282. — At forholdet er undergivet proces, kan forøvrigt neppe kræves (bevisoptagelse til fremtidig betryggelse, til brug for administrationen); jfr. Deuntzer l. c. p. 259. Heller ikke kommer det i betragtning, om vidnesbyrdet kræves til indenlandsk eller udenlandsk brug.

[8] I den ældre norske ret var dette anderledes, se retterbod af 3 novbr. 1318, Brandt Retshistorie II p. 233. Jfr. for straffeprocessens vedkommende strpl. §§ 486 ff.

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces § 69.

dels a) paa grund af hans almindelige stilling, dels b) paa grund af hans forhold til det, der er indholdet af det enkelte vidnespørgsmaal. Ved siden heraf maa ogsaa opkastes spørgsmaalet om, hvorvidt c) vidnets stilling til parterne i den enkelte sag i noget tilfælde er fritagelsesgrund.

Ad a) Efter statsretslige regler er kongen (derimod ikke andre medlemmer af kongehuset) og efter folkeretten de til fremmede staters gesandtskaber hørende personer fritagne for vidnepligt.

Personer under 15 aar kan ikke ved de almindelige tvangsmidler (jfr. næste paragraf) tvinges til at vidne (N. L. 1—13—19). Deri ligger, at vidnesbyrd af en saadan person altid er frivilligt.[2]

Ad b) Utvivlsomt maa det ogsaa i civilprocessen antages, at et vidne kan fordre sig fritaget for at besvare spørgsmaal, hvis besvarelse kan forudsættes at ville udsætte ham eller hans nærmeste for straf eller tab af den borgerlige agtelse. Strpl. § 177, der udtaler denne sætning for straffeprocessens vedkommende, er udtryk for et almengyldigt humanitetsprincip.[3]

Derimod kan man ikke opstille som almindelig regel, at et vidne er fritaget for at besvare spørgsmaal, der angaar dets egen interesse, og hvis besvarelse kan udsætte det for økonomisk tab. Ligesom en saadan sætning er ukjendt paa straffeprocessens omraade, saaledes er det ogsaa forgjæves at søge efter nogen lovhjemmel for den i civilprocessen. Den kan ikke bygges paa N. L. 1—13—18; ti denne opstiller ikke nogen fritagelsesgrund, men, som foran p. 517 forklaret, en (betinget) inhabilitetsgrund.[4]

[2] Jfr. udk. til r. l. kap. XIV § 3, 2det led, der bestemmer, at, hvis det findes fornødent at indhente forklaring af personer under 15 aar, meddeles stevningen til værgen, hvem ansvaret for dens efterkommelse paahviler.

[3] Jfr. ogsaa udk. til r. l. kap. XIV § 8, 2, der opstiller en saadan regel.

[4] Paa denne maade er artikelen ogsaa bleven forstaaet af Ørsted Eunomia IV p. 341 ff., Lassen Haandbog II p. 99 og tidligere af høie-

2) Offentlige tjenestemænd maa kunne vægre sig ved at afgive vidneforklaringer for retten om gjenstande, der med lige fuld beviskraft kan oplyses gjennem skriftlig bevidnelse, en sætning, der ikke er udtalt i loven, men som dog ikke kan være tvivlsom.[5]

Taushedspligt medfører ingen fritagelsesgrund. I de tilfælde, hvor den udelukker fra vidnesbyrd, kan den vistnok ogsaa paaberaabes af vidnet; men at vidnet heller ikke her har nogen selvstændig fritagelsesret, viser sig i den før omtalte regel, at vidnesbyrd bliver at aflægge, naar den person, der har krav paa taushed, samtykker deri. Derimod synes man ikke at kunne udelukke gyldigheden af en aftale, hvorved en part ligeoverfor en person giver afkald paa at føre ham som vidne om visse kjendsgjerninger.[6]

Ad c) For civilprocessens vedkommende haves ingen til strpl. § 176 svarende regel, hvorefter visse parterne nærstaaende personer fritages for vidnesbyrd. Det har vistnok været antaget, at en saadan bestemmelse fand-

steret (se Brandts repertorium I p. 63), hvorimod en noget anden opfatning synes at ligge til grund for den i Retst. 1887 p. 449 meddelte høiesteretsdom, hvor forøvrigt forholdet var eiendommeligt, idet en person søgtes afhørt ved et tingsvidne, der samtidig angik to sager, og i den ene af disse var vidnet part. Jfr. Retst. 1896 p. 855. Se om byrettens praxis Hambro Byretsdomme nr.ne 2162—2172. Se endvidere for den her bestridte opfatning Schweigaard I p. 445. Nellemann (l. c. p. 490—2) indrømmer, at nogen fritagelse for vidnepligt paa grund af vidnets interesse i sagen ikke kan udledes af N. L. 1—13—18; men han finder regelen, der siges at være fastslaaet i dansk retsbrug, hjemlet ved analogien fra den sætning, at parter i regelen ikke kan paalægges under ed at forklare sig angaaende kjendsgjerninger, paa hvilke deres ret eller forpligtelse beror. Men mod en saadan analogi, der vilde medføre en langt videregaaende fritagelse for udenforstaaende tredjemænd fra nødvendigheden af edelig udtalelse end for parter, gjælder alt, hvad der foran p. 518 ff. er sagt om denne analogi som støtte for at udelukke interesserede tredjemænd som vidner. Se ogsaa Deuntzer Civilproces p. 265—6.

[5] Jfr. Schweigaard I p. 459; jfr. ogsaa Forelæsningerne over straffeproces p. 341; Hambro l. c. nr.ne 2288—2293; Deuntzer Civilproces p. 258—9.

[6] Jfr. Hambro l. c. nr. 2270.

tes i N. L. 1—13—17;[7] og denne opfatning er ogsaa bleven befulgt i retsbrugen.[8] Men en nærmere betragtning af det anførte lovsted vil vise, at denne forstaaelse af det ikke lader sig opretholde. Det bestemmer, at «villige vidner, saasom husbond, hustru, forældre, børn, tyende, syskende eller ligesaa nær besvogrede skulle ei anseis, med mindre ingen anden vidne kand havis, fornemmelig i drabs-, volds- eller deslige sager; ti da skulle de vidne, som af veed». I disse ord indeholdes kun en forskrift om vidnehabiliteten, ikke om de deri omhandlede personers ret til at vægre sig ved at vidne. Det er vistnok gjort gjældende,[9] at artikelens sidste ord tilkjendegiver, at den tillige indeholder en fritagelsesgrund, idet man har betonet ordene skulle vidne. Hvis artikelen kun angik vidnernes troværdighed, mener man, at den maatte have brugt udtrykket: «ti da skulle de ansees» eller lignende, medens efter artikelens udtryksmaade en modsætning mellem første og anden del kun antages at fremkomme, hvis man i første del lægger den mening, at vidnerne i det der omhandlede tilfælde skal være fritagne for at vidne. Men denne ordfortolkning beror paa et skin, der fuldstændig svinder, naar man betænker, hvad i § 108 er udviklet om, at inhabilitetsgrundene efter lovbogen medførte, at vidnet ikke skulde føres. Der bliver derfor fuld modsætning mellem lovstedets første og anden del ved at forstaa lovstedet som alene omhandlende vidnets troværdighed, idet ordene «da skulle de vidne» o. s. v. kun tilkjendegiver, at de i det i artikelens sidste del omhandlede tilfælde skal tillades at vidne.[10] Noget mere ligger der heller ikke i pl. 16

[7] Jfr. Ørsted l. c. p. 277—8; Schweigaard I § 94 (især p. 432 ff.).

[8] Se især Retst. 1841 p. 17 ff.; jfr. Brandts Repertorium III p. 465; Retst. 1858 p. 82. Se ogsaa Retst. 1887 p. 453; Hambro l. c. nr.ne 2250—2261. Derimod er det godtgjort af Nellemann i en afhandling i dansk Ugeskr. for retsv. I p. 753 ff., at gjennem hele forrige aarhundrede var den nævnte forstaaelse af N. L. 1—13—17 ukjendt i retsbrugen.

[9] Se Schweigaard l. c.

[10] Jfr. Nellemann l. c. p. 465—6, hvor dette er overbevisende godtgjort; jfr. ogsaa sammes afhandling i dansk Ugeskrift for retsvæsen I p. 753 ff.

septbr. 1778, naar denne ved sit forbud mod, at den ene ægtefælle stevnes til at vidne mod den anden, betegner dette derhen, at det derved i alle maader har sit forblivende ved N. L. 1—13—17; ti med den her hævdede forstaaelse bliver dette ganske korrekt.[11]

Naar man for den her bekjæmpede forstaaelse af N. L. 1—13—17 har paaberaabt sig, at det er i høi grad naturligt, at de der omhandlede personer er fritagne for vidnepligt, er dette ialfald fra lovbogens standpunkt neppe rigtigt. Det kan for nutidens opfatning synes naturligt, at de nærmeste slægtninge er fritagne for vidnepligt; og en saadan regel findes i de fleste, om end ikke i alle[12] procesretter. Men for den ældre opfatning, som lovbogen endnu staar nær, var det netop en pligt for slægten at støtte det enkelte medlem under rettergang.[13] Og i ethvert fald kan det ikke anerkjendes som nogen naturlig regel, at fritagelsen skal bero paa, om andre vidner haves, og at saaledes slægtninge skulde kunne være fritagne for at vidne i mindre væsentlige sager, men være vidnepligtige i sager, hvor deres vidnesbyrd endog kunde koste den paarørende livet.[14] — For husbonds- og tyendeforholdet kan fritagelse for vidnepligten overhovedet ikke siges at have nogen naturlig berettigelse.

II. Da fritagelsesgrundene er opstillede i vidnets egen

[11] Anderledes Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 467 og Ugeskr. for retsv. I p. 756. N. antager, at plakaten har villet opstille en fritagelsesgrund, og paaberaaber sig de forhandlinger, der gik forud for dens udfærdigelse. Disse kan dog ikke være afgjørende, naar ikke selve plakatens ord er det. Og de sidste indeholder direkte kun et forbud mod, at ægtefællerne føres som vidner. Se ogsaa Deuntzer l. c. p. 262—3.

[12] Saaledes ikke i engelsk ret; jfr. Best *On evidence* §§ 175 ff. — Udk. til r l. kap. XIV § 8 bestemmer, at vidnesbyrd kan vægres af partens ægtefælle og beslægtede i ret op- og nedstigende linie med hensyn til, hvad der er meddelt dem af parten. Det samme gjælder, forsaavidt retten efter omstændighederne saa beslutter, forlovede, fosterforældre og fosterbørn.

[13] Jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 209.

[14] Ligetil l. 17 marts 1866 var ægtefæller forpligtede til at vidne i straffesager; og denne lovs § 51 fritog dem kun i sager, der kunde medføre strafarbeide. Først strpl § 176 gjorde fritagelsen almindelig.

interesse, kan han saavel undlade at gjøre dem gjældende som paa forhaand frafalde paaberaabelsen af dem. En saadan frafaldelse vil ligge i, at en person lader sig tilkalde som vidne til en retshandel, uagtet han er vidende om, at en fritagelsesgrund er forhaanden.[15]

§ 111.

TVANGSMIDLER TIL FREMTVINGELSE AF VIDNEPLIGTENS OPFYLDELSE.[1]

I den ældste norske ret kjendtes ingen almindelig vidnepligt.[2] Først ved Magnus Lagabøters lov (VIII—12) indførtes straf (af 1 mark til kongen) for vidner, der ikke opfyldte sin vidnepligt.

I de ældre danske love var vidnepligt heller ikke almindelig anerkjendt. For undladelse af at vidne efter stevning til hjemtinget kjendtes ingen straf. Kun naar vidnet var indkaldt til lagtinget, kunde det for overhørighed ilægges falsmaalsbod. Chr. V.s lov indførte straf ogsaa for undladelse af at vidne ved hjemtinget (N. L. 1—13—7); men da dette lovsted efter sine ord alene angik undladelse af at besvare de vidnet forelagte spørgsmaal, medens N. L. 1—13—26, der satte straf for udeblivelse, alene omhandlede udeblivelse fra lagtinget, forstodes loven overensstemmende med den ældre ret saaledes, at der ingen straf var for vidner, der udeblev fra hjemtinget.[3] Dette blev berigtiget ved frdn. 3 marts 1741. Efter dette lovbud i forening med de anførte artikler af lovbogen (jfr. ogsaa frdn. 3 juni 1796 § 3) er de for civilprocessen gjældende regler

[15] Jfr. Schweigaard I p. 447—8.

[1] Schweigaard I § 104 (p. 486 ff.); Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 539 ff.

[2] Jfr. Brandt Retshistorie II p. 233, hvor det antages, at en saadan bestod, naar vidnerne fra først af var tilkaldte eller skudte til vidne eller skulde aflægge vidnesbyrd om retsforhandlinger (tingsvidne).

[3] Jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 182 ff.; Nellemann l. c. p. 539, note 1.

om straf for undladelse af at opfylde vidnepligten følgende:[4]

1) Straffen rammer saavel a) fuldstændig udeblivelse fra vidnets side (frdn. 1741 § 2) som b) undladelse af at besvare de forelagte spørgsmaal (N. L. 1—13—7) og c) vægring ved at aflægge vidneeden (sammesteds).

2) Straffen rammer kun det vidne, der udebliver uden lovligt forfald (frdn. 1741 § 2). Med hensyn til, hvad der skal forstaaes ved lovligt forfald, har man strengt taget i N. L. 1—10 den for «al rettergang» gjældende regel; men da vidner ikke som parter kan sende en anden i sit sted, er der grund til efter analogien af forl.l. 20 juli 1824 § 62 at lade ogsaa vigtige private forretninger være forfaldsgrund.[5]

3) Straffen er efter N. L. 1—13—7 bøder (falsmaalsbøder), om hvilke nu efter l. om den borgerl. str.l.s ikrafttræden af 22 mai 1902 § 7, sidste led gjælder de almindelige regler i str.l. § 27. Ilæggelse af disse bøder kan gjentages saa ofte det skal være, dog ikke i samme retsmøde, idet det først maa være paalagt vidnet nyt møde, hvilket altid sker i forening med falsmaalskjendelsen (frdn. 1741 § 4). Falsmaalsbøderne er sand straf, ikke blot tvangsmiddel, og de bortfalder derfor ikke ved, at vidnesbyrdet senere aflægges.

Hvis et vidne ved ulovlige udflugter har forhalet sagen, indtil den har maattet paadømmes uden dets vidnesbyrd, kan dommeren efter frdn. 1741 § 6 i. f. ilægge det en særlig pengestraf.

4) Falsmaalsbøderne idømmes kun efter forlangende af vidnecitanten, hvem det ogsaa tilkommer at lade kjendelsen forkynde og at fremkomme med begjæring om dens exekution; jfr. frdn. 1741 § 5, der sætter bødestraf for forsømmelse heraf.[6]

[4] Jfr. Hambro Byretsdomme nr.ne 2321—5. For straffeprocessen se Forelæsningerne over denne § 79. — Den nye straffelov berører ikke reglerne om straf for vidners undladelse af at opfylde sin pligt; se l. om strl.s ikrafttræden § 4, I.

[5] Jfr. Schweigaard I p. 490.

[6] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 488 ff.

5) Undladelse af at opfylde vidnepligten medfører ikke pligt til at erstatte parten det tab, han derved lider, være sig i henseende til rettergangsomkostninger eller iøvrigt.[7]

§ 112.

OM DE FOR VIDNEFØRSELEN GJÆLDENDE RETTERGANGSREGLER.[1]

I. Om forligsmægling som betingelse for vidneførsel er allerede talt i §§ 17 og 99. Det er der paavist, hvorledes efter forl.l. 1824 § 34 forligsmægling skal være prøvet i hovedsagen, inden nogen vidneførsel kan finde sted, men at nødvendigheden af forligsmægling bortfalder, naar der ingen «hovedsag» er, idet vidneførselen ikke staar i forbindelse med nogen anlagt eller forestaaende retssag (f. ex. et arvetingsvidne). Den sidste sætning er vistnok ikke uomstridt, idet det har været antaget, at der i saadant fald skulde prøves forligsmægling i tingsvidnesagen.[2] Men denne lære ligger udenfor forligelseslovgivningen og er i sig selv lidet naturlig, da forligsmæglingen ikke har nogen gjenstand, hvor der ikke er tvist.[3]

II. Med hensyn til stevning som betingelse for vidneførselens fremme maa der skjelnes mellem a) stevning til vidnet, b) til modparten og c) til udenforstaaende tredjemænd.

Ad a) Regelen er, at vidnet ikke er pligtig at møde uden efter en med regelmæssigt varsel (l. 4 juni 1892 kap. 2) forkyndt stevning. For civilprocessen haves ingen til strpl. § 173 svarende regel, hvorefter personer, der er tilstede paa retsstedet, kan paalægges at fremstille sig

[7] Schweigaard I p. 486; jfr. derimod strpl. § 189.

[1] Schweigaard §§ 102 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 100 ff. (p. 523 ff); Deuntzer Civilproces § 43.

[2] Schweigaard I p. 457.

[3] Jfr. ogsaa Ørsted Eunomia IV p. 528—34. Saa meget urimeligere bliver den her bestridte regel, som det ikke antages at være noget til hinder for under en sag at benytte et under en anden sag optaget tingsvidne, uagtet forligsmægling, naar dette optages, kun er prøvet i den ene sag; jfr. Schweigaard I p. 477.

uden ophold til aflæggelse af vidnesbyrd. — Er vidnet engang stevnet til et retsmøde, maa det uden ny stevning kunne paalægges at møde til den tid, hvortil vidneførselen maatte blive udsat.

Stevningen udgaar i de regelmæssige sager fra den part selv, der vil have vidnet afhørt, uden at retten medvirker herved.[4] Om stevningens indhold bemærkes:[5]

1) Stevningen maa angive «sagen» (N. L. 1—4—1), det er, det maa i almindelighed angives, i hvilken retssag vidnets prov æskes, eller, hvis der ingen saadan sag er, vidneførselens gjenstand.[6]

2) Tid og sted for retsmødet maa angives.

3) At vidnernes navne opgives i selve stevningen, vil i almindelighed være naturligt, men det ansees ikke uomgjængelig nødvendigt, idet stevningen hyppig kun lyder paa «den, for hvem denne stevning maatte blive forkyndt», idet der gives stevnevidnerne fornøden meddelelse om de personer, der ønskes indkaldte.

4) Det maa i stevningen udtrykkelig tilkjendegives, at vidnerne indkaldes under falsmaalsstraf. Undlades dette, kan ikke alene vidnerne straffrit udeblive, men selv om vidnet møder, kan baade det og modparten paastaa stevningen afvist og derved hindre vidneførselens fremme.

Ad b) Til vidneførsler, der forefalder under sagens gang ved den ret, for hvilken processen føres, er det i almindelighed ikke fornødent at give modparten særskilt varsel til vidneførselen. Dette gjælder ikke blot sagsøgeren, der ved stevningen i selve hovedsagen engang for alle har givet modparten varsel om at varetage sit tarv, men ogsaa indstevnte; se l. 4 juni 1892 § 41. En undtagelse opstiller nævnte lovsted alene, hvor den sidste agter samtidig med fremsættelse af modkrav at føre vidner angaaende dette. Grunden er, at sagsøgeren isaafald ikke kan være forberedt paa vidneførsel om denne gjenstand, medens

[4] Om de undtagelser herfra, der gjælder i private politisager og søretssager, vil blive talt under fremstillingen af den extraordinære civilproces.

[5] Jfr. Schweigaard I. p. 476—8. Se exemplet foran p. 71.

[6] Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2308.

han, saasnart modkravet først engang er fremsat, maa vente, at der kan blive spørgsmaal om vidneførsel angaaende dette. Regelen maa gjælde ikke blot modkrav, der fremsættes til hel eller delvis likvidation, men overhovedet enhver retsforfølgende indsigelse (f. ex. hvor et vindikationskrav mødes med indsigelse, hentet fra leieret).

Føres vidnerne ikke ved den domstol, ved hvilken hovedsagen er anhængiggjort, eller skal der føres vidner, før stevning i hovedsagen er udtaget, er varsel til modparten betingelse for vidneførselens fremme, hvad enten vidnerne føres af sagsøgeren eller af sagvolderen (N. L. 1—4—1).[7]

Skal tingsvidne optages til brug ved en i udlandet verserende sag, er efter l. 28 juni 1897 § 7 varsel til parterne kun fornødent, naar det er forlangt af den domstol, for hvilken hovedsagen verserer.

Hvor varsel til modparten under en verserende sag er nødvendigt til fremme af vidneførsel, vil det efter N. L. 1—4—20 være nok, at retsfuldmægtigen varsles; og er denne sagfører, kan varslet efter l. 4 juni 1892 § 11 gives ved en underhaands meddelelse.

Ad c) Det er en udbredt lære, at varsel til vidneførsel maa gives enhver, der har en umiddelbar interesse af det, der er bevisførselens gjenstand.[8] Hvor det ikke paa forhaand er klart, at denne interesserer andre end de stevnte, maa den fremmes, men spørgsmaal, der angaar ustevnt tredjemand, bliver ikke at forelægge vidnerne; og hvis disse ikke kan forklare sig om sagen uden at omhandle tredjemands retsforhold, bliver dennes navn ikke at nævne i den i retsbogen optagne gjengivelse af vidneprovet.

[7] Det antages dog, at varsel kan undlades, naar det vilde volde en opsættelse, hvorved vidnesbyrdet udsættes for at forspildes; Schweigaard I p. 482; Hambro l. c. nr. 2313; Deuntzer l. c. p. 279. — Jfr. l. om handelssager 20 decbr. 1902 § 13.

[8] Jfr. Ørsted Eunomia IV p. 554 ff.; Schweigaard I p. 478 ff.; Nellemann § 102. Se derimod de i Retst. 1891 p. 364—7 meddelte brudstykker af B. Getz's og F. Hagerups forelæsninger over civilproces og Deuntzer l. c. p. 281 ff.

Med hensyn til denne lære, der utvivlsomt ogsaa behersker vor retsbrug, skjønt der ikke foreligger noget afgjørende præjudikat for den,[9] bemærkes følgende:

1) Den kan ikke støttes paa N. L. 1—4—1, der foreskriver, at «de, hvis gods, ære eller liv det paagjælder, skal stævnes»; ti derved kan, som sammenstillingen synes at vise, kun være ment den, der er modpart i sagen, og for hvem saaledes vidneførselen, om den gaar ham imod, direkte kan lede til et ugunstigt domsresultat. Kun ham kan det i egentlig forstand siges at paagjælde; ti kun ham forbinder dommen. Opgiver man denne begrænsning, er det umuligt at angive nogen anden. At alle, der paa nogen maade har interesse af vidneførselen, skulde stevnes til den, er en ugjennemførlig fordring. Man har derfor sondret mellem middelbar og umiddelbar interesse, men denne sondring er ganske vilkaarlig og indeholder intet udtryk for interessens virkelige styrke.[10] Den er derhos saa lidet skarp, at det tilsidst bliver en ren skjønssag fra dommerens side, om en tredjemand burde have været stevnt eller ikke, hvilket er særlig uheldigt i en anvendelse, hvor det netop er af stor vigtighed at have faste og klare regler, for at parterne paa forhaand kan vide, hvad de har at rette sig efter.[11]

2) Forsaavidt man tidligere har paaberaabt analogien fra N. L. 1—13—13, er den nu bortfaldt ved lov 4 juni

[9] Jfr. derimod Retst. 1864 p. 231. 1872 p. 780, 1893 p. 507; Hambro l. c. nr. 2309. Se dog paa den anden side Ugebl. for lovk. VI p. 18; Hambro l c nr.ne 2306, 2310, 2312, 2314, 2316, 2318.

[10] Dette fremgaar bedst af de af Schweigaard I p. 479—80 anførte exempler. Det heder her: «Naar saaledes nogen ved vidner vil oplyse sin eiendomsret til tingen under en vindikationssag eller ægtheden af den angivelige udsteders underskrift paa et gjældsbrev, hvilket han indtaler som cessionar, saa behøver han ikke at indstevne besidderens hjemmelsmand eller gjældsbrevets cedent, uagtet udfaldet af dennes vidneførsel maaske tilsidst interesserer dem mere end i hint tilfælde indstevnte og i dette tilfælde saksøgeren, der, hvis vidnerne gaar denne imod, vil have sin regres aaben til hine.»

[11] Den her omhandlede lære har frembudt en ren fundgrube for formalprocedyre og i mange tilfælde bidraget til at forhale rettergangen og foranledige spildte rettergangsskridt. Jfr. Retst. 1891 p. 361 ff.

1892 § 41, der ophæver denne artikel. Der er saa meget mindre grund til at opretholde kravet paa varsel til andre tredjemænd, naar det er opgivet for vidner, som disse paa grund af mulig mistanke for, at de har afgivet usand forklaring, kan have en endog større interesse af varsel end andre interesserede[12].

3) Den fra sagens natur hentede grund, der paaberaabes til fordel for den her omhandlede sætning, er, at vedkommende, hvis han ikke varsles til vidneførselen, vilde tabe adgangen til strax at søge berigtiget, hvad der maatte være urigtigt eller mindre nøiagtigt i vidneforklaringerne, hvilket ikke med sikkerhed lader sig oprette under vidnernes senere gjentagne afhørelse, da disse let vil føle sig mere bundne, naar deres forklaringer staar som afsluttede, end naar der strax havde været anledning til at imødegaa dem[13]. Herimod kan der gjøres gjældende dels, at der langt hyppigere vil være tale om en supplering end om en ligefrem berigtigelse af vidneforklaringerne, dels at det overhovedet ikke af lovgivningen selv er fremstillet som en i alle anvendelser lige nødvendig betingelse for vidneførselens beviskraft, at parterne skal have havt adgang til at paavirke og kontrollere vidnerne[14], dels endelig, at det under den friere bevisbedømmelse, der nu for tiden gjør sig gjældende i vor ret, vil være adgang til at tillægge det her omhandlede moment sin tilbørlige vægt ved vurderingen af vidnesbyrdets vægt.

4) Ganske urimelig er den fremgangsmaade at lade vidnet omhandle ogsaa den ustevnte tredjemand, men i protokoltilførselen at lade hans navn *in blanco*[15]. Dette

[12] Jfr. Getz i Retst. 1891 p. 365, note 4.

[13] Jfr. Ørsted l. c. p. 557; Schweigaard I p. 479.

[14] Jfr. N. L. 1—13—4 og søf.l. 20 juli 1893 § 319. I fremmede lovgivninger har endog tildels det modsatte hensyn gjort sig gjældende: at parternes nærværelse kunde hindre vidnerne fra at udsige sandheden; og især i ældre lovgivninger er det ikke ukjendt, at parterne udelukkes fra vidneafhørelse; jfr. Getz l. c. p. 366. — Udk. til r. l. har ingen regel om stevning til udenforstaaende tredjemand i anledning af vidneførsler.

[15] Jfr. hermed Retst. 1872 p. 780, hvor høiesteret opretholder en vidneførsel, uagtet tredjemands navn var nævnt.

er det rene spilfægteri; ti det vil i regelen ingen vanskelighed frembyde at oplyse, hvem denne tredjemand er.

5) Hvis vidneførselen er fremmet, uden at alle interesserede er varslede, er den dog ligefuldt gyldig mod alle; ti da dommeren *ex officio* har at paase, at alle vedkommende er stevnte, ligger der i hans beslutning om at fremme vidneførselen en judiciel afgjørelse af, at alt forsaavidt er i orden, og denne afgjørelse kan alene omstødes ved appel[16].

Antager man den her forsvarede lære om unødvendigheden af at stevne andre end modparten, bliver der ikke plads for nogen saadan appel fra nogen, der ikke var part i sagen, da vidneførselen fremmedes. Den omstændighed, at vidneførselen har været fremmet, uden at den part, mod hvilken den nu benyttes, har været stevnt, bliver imidlertid i ethvert tilfælde at tillægge sin betydning ved bedømmelsen af vidnesbyrdets vægt.

6) Skal en vidneførsel foretages paa et tidspunkt, da der endnu ikke er anlagt sag, maa det vistnok, forsaavidt der haves en bestemt modpart, mod hvem i tilfælde sag vil blive at anlægge, kræves, at denne stevnes, ialfald hvor der ikke er fare ved ophold; jfr. l. 28 juni 1897 § 4, 4de p., der opstiller denne fordring, forsaavidt angaar udfærdigelse af retsanmodninger om bevisoptagelse i udlandet (jfr. ogsaa om søforklaringer søf.l. § 319, der dog kun kræver varsel, hvor det uden vanskelighed kan iværksættes, og l. 20 decbr. 1902 § 13, der har en lignende regel for handelssager); derimod kan der ikke opstilles nogen fordring til, at alle, hvem vidneførselen overhovedet kan tænkes at interessere, skal varsles[17].

III. Det vil af det i § 98 forklarede fremgaa, at vidnerne ikke i alle tilfælde kan føres ved den domstol, for

[16] Jfr. Schweigaard § 110.

[17] Jfr. om arvetingsvidner Retst. 1893 p. 507. Jfr. ogsaa Hambro l. c. nr. 2317. — Udk. til r. l. kap. XIX § 6 foreskriver for bevisoptagelser udenfor en retssag, at modparten skal stevnes, hvor en saadan haves og det kan ske uden fare ved ophold. «I modsat fald saavelsom, hvor modparten ikke lader sig angive, kan en sagfører af retten opnævnes paa bevisførerens bekostning til varetagelse af hans tarv.»

hvilken selve hovedsagen forhandles, idet nødvendigheden af at føre vidnerne for en anden ret kan bero dels a) paa stedlige hensyn, idet vidnet bor inden en anden retskreds og ikke er villigt til at møde udenfor sit værneting[18], dels b) paa saglige hensyn, idet den ret, for hvilken sagen føres, ikke er kompetent til at modtage vidneprov (appelinstanserne, skifteret o. s. v.)[19]. Man taler her om, at der til brug for hovedsagen optages tingsvidne[20].

I saadanne tilfælde er forholdet mellem dommen i hovedsagen og dommen i tingsvidnesagen det, at den sidste selvstændig og med bindende virkning for den første bedømmer alle de formelle betingelser for tingsvidnets fremme. Dommeren i hovedsagen kan med andre ord ikke sætte vidneførselen ud af betragtning paa grund af formelle mangler, med mindre den ved appel er omstødt. Dette gjælder, hvad enten vidnedommeren ved udtrykkelig kjendelse har udtalt sig om de formelle betingelser eller ikke. Ti ved selve det, at tingsvidnet fremmes, afgjøres med judiciel virkning, at betingelserne er tilstede[21].

IV. Udebliver[22] den part, der har tilstevnt en vidneførsel, kan den ikke fremmes («vidnestevningen kjendes uefterrettelig»), og vedkommende part tilpligtes at betale saavel den indstevnte modpart som vidnerne «kost og tæring» for spildt møde, hvorhos den, der af ham tilregnelige grunde har efterladt at føre sit tingsvidne, ikke af den

[18] Jfr. foran p. 523.

[19] Jfr. foran p. 170—1.

[20] Udtrykket tingsvidne betegner forøvrigt egentlig bevidnelse af, hvad der til tinge er foregaaet, jfr. N. L. 1—13—29. Om udtrykkets betydning i den ældre ret se § 111, note 2. — Tingsvidnet udgjør en særskilt retshandling og dets afslutning pleier at tilkjendegives ved udtrykkelig kjendelse. Tiltrænges efter afslutningen yderligere oplysninger, kan dette ikke ske ved reassumtion af det sluttede tingsvidne, men der maa tilstevnes et nyt saadant.

[21] Forvikling kan opstaa, naar en og samme retshandling, som tilfældet er med forligsmægling efter forl.l. 1824 § 34, er betingelse saavel for hovedsagens som for tingsvidnesagens fremme, og dommerne i begge sager er af forskjellig mening med hensyn til, om betingelsen foreligger (saasom om forligsmæglingen er behørig). Saadan forvikling kan alene løses ved appel til en fælles overdomstol. Jfr. Schweigaard I p. 470—1.

[22] Jfr. med det følgende Schweigaard § 104; Nellemann § 104.

grund bør gives udsættelse i hovedsagen (frdn. 3 juni 1796 § 14 jfr. l. 4 juni 1892 § 22, 2det led)[23]. Er det ved et retsmøde under selve hovedsagen for dommeren i denne, vidnerne føres, bliver der ikke tale om ved særskilt kjendelse at afvise vidnestevningen, ligesom der her ikke bliver plads for nogen særskilt erstatning til modparten.

Der kan spørges, om den sidste, naar den part, der har tilstevnt vidnerne, ikke møder, har adgang til paa sin side at lade disse afhøre. Dette spørgsmaal maatte efter den ældre ret, der krævede modstevning som betingelse for vidneførsel fra indstevntes side, besvares benegtende[24]. Efterat dette krav ved l. 4 juni 1892 § 41 i almindelighed er bortfaldt, staar sagen anderledes, saafremt der ikke er spørgsmaal om vidneførsel angaaende et samtidig fremsat modkrav. At vedkommende part ikke har udtaget selvstændig stevning, synes nu udenfor det nævnte tilfælde alene at kunne komme i betragtning ligeoverfor vidnerne, der vistnok maa kunne undslaa sig for at lade sig afhøre efter begjæring af en part, der ikke har stevnt dem. Men er de villige til saadan afhørelse, kan vidneførselen ikke stanses af hensyn til modparten. Denne vilde nemlig ikke have kunnet hindre en afhørelse af vidner, der godvillig var mødt uden al stevning efter anmodning fra den anden part; og den omstændighed, at de fra først af var indstevnte af ham, kan i denne henseende ikke tillægges nogen afgjørende betydning.

At den part, mod hvem en vidneførsel skal fremmes, udebliver, har ingen betydning, saafremt han har faaet lovligt varsel, eller saadant i tilfældet er unødvendigt.

V. Lovbogen tillod i temmelig vid udstrækning aflæggelse af vidnesbyrd udenfor retten, se N. L. 1—13—4, hvorefter saadant vidnesbyrd tilstededes: 1) naar vidnet var en rangsperson, 2) naar det ved sygdom eller andet lovligt forfald var forhindret fra at møde. I disse tilfælde skulde et edelig bekræftet skriftligt vidnesbyrd træde istedetfor den retslige afhørelse, eller, hvor vidnet ikke kunde skrive eller var for sygt hertil, en edelig for-

[23] Jfr. om «kost og tæring» til vidner Hambro l. c. nr.ne 2326—8.
[24] Jfr. Schweigaard I p. 507—9.

klaring afgives i nærværelse af to vidner, som senere havde at gjengive vidnesbyrdet for retten.

Den under 1) nævnte fritagelse for vidnesbyrds afgivelse i retten er bortfalden med ophævelsen af rangklassernes retslige betydning. Den anden fritagelsesgrund bestaar derimod endnu, men er lidet benyttet i den praktiske retsanvendelse, idet man nu, hvor vidnet har forfald, foretrækker at sætte extraret i vidnets hjem til modtagelse af dets forklaring. Dette hænger sammen med, at man nutildags under en mere gjennemført materiel bevisprøvelse vanskelig vil tillægge et udenretsligt vidnesbyrd samme vægt som et retsligt, skjønt lovbogen for de i 1—13—4 nævnte tilfælde udtrykkelig siger, at hint baade i værd og straf skal agtes lige med dette[25].

§ 113.

FORTSÆTTELSE. SÆRLIG OM VIDNERNES AFHØRELSE OG EDFÆSTELSE[1].

I. Vidnets afhørelse indledes med, at dommeren ved spørgsmaal til det bringer paa det rene dets navn, stilling og bopæl (N. L. 1—13—5), alder (N. L. 1—13—19) og dets forhold til sagen og dens parter, forsaavidt dette kan have indflydelse paa bedømmelsen af dets troværdighed (jfr. N. L. 1—13—16 til 20)[2]. Disse spørgsmaal maa dommeren *ex officio* — uden særlig opfordring af parterne — rette til vidnerne.

II. Naar vidnets personalia paa denne maade er fast-

[25] Jfr. forøvrigt om N. L. 1—13—4 Schweigaard § 108; Hambro l. c. nr.ne 2303—4.

[1] Schweigaard I §§ 106 og 107; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 108; Deuntzer Civilproces p. 288—291. Jfr. ogsaa Forelæsningerne over straffeproces §§ 71 og 72.

[2] Jfr. strpl. § 182, 2det led. Om tidligere forbrydersk vandel (N. L. 1—13—20) og andre særlige omstændigheder, der kan øve indflydelse paa bedømmelsen af vidnets troværdighed, er det ikke almindeligt at spørge uden, hvor der foreligger nogen særlig grund til at antage deres tilstedeværelse.

slaaede, gaaes der over til afhørelsen angaaende selve bevisgjenstanden. Om parternes og dommerens forhold under denne bemærkes[3]:

Afhørelsen ledes af dommeren, der «alene er den, med hvem vidnet har at handle» (frdn. 3 marts 1741 § 11). Parterne har i civilprocessen aldrig ret til direkte at afhøre vidnerne, men har altid at rette sine spørgsmaal til disse gjennem dommeren, se frdn. 3 juni 1796 §§ 1, 2 og 13 jfr. frdn. 1741 § 11.

Begjæring om forelæggelse af spørgsmaal for vidnerne kan udgaa fra begge parter. Den, der ikke selv har stevnt vidnerne, har altid adgang til at fremsætte saakaldte modspørgsmaal angaaende det, der er gjenstand for bevis ved hovedspørgsmaalene. Derimod antoges det ikke tidligere, at han uden stevning fra sin side kunde forelægge spørgsmaal, der angik et selvstændigt bevistema[4], f. ex. ikke under en fra den anden side tilstevnt vieneførsel om stiftelsen af en gjældsforpligtelse rette spørgsmaal til vidnerne om gjældens betaling. Efter at kravet til modstevning er bortfaldt ved l. 4 juni 1892 § 41, synes i den her omhandlede henseende det samme at maatte gjælde som i henseende til spørgsmaalet om indstevntes adgang til at lade de indstevnte vidner afhøre, naar vidnecitanten udebliver[5]: Alene vidnerne, ikke modparten, kan protestere mod en selvstændig afhørelse efter foranledning af en part, der ikke har indstevnt dem. Den part, der har indstevnt vidnerne, maa dog kunne fordre, at afhørelsen over de af ham forelagte spørgsmaal afsluttes, inden der gaaes over til vidneførsel om en helt anden gjenstand, og at der ikke i den første indblandes andre spørgsmaal fra modparten end saadanne, der som modspørgsmaal slutter sig til samme bevisgjenstand. Kun paa disse sidste finder lovgivningens regler om modspørgsmaal («kontrakvæstioner»)[6] anvendelse.

[3] Jfr. foran p. 349—350 og 435—6.
[4] Jfr. Schweigaard I p. 507—9.
[5] Jfr. foran p. 538.
[6] Jfr. frdn. 3 juni 1796 § 12; sportell. 13 septbr. 1830 § 5, sidste p.

Dommerens adgang til at rette spørgsmaal til vidnerne angaaende bevisets gjenstand er noget forskjellig, eftersom parterne a) møder personlig eller b) ved sagfører.

Ad a) I første tilfælde har dommeren efter frdn. 1796 § 13 i. f. at «hjælpe parten til rette og redelig bidrage til sagens oplysning». Heri ligger, at dommeren paa egen haand uden foranledning af parten baade kan og skal rette selvstændige spørgsmaal til vidnerne angaaende bevisførselens gjenstand.

Ad b) Hvor parterne derimod møder ved sagfører, er dommeren ikke berettiget til at rette spørgsmaal til vidnerne i hensigt at fremkalde oplysninger, der ligger udenfor parternes spørgsmaal. Den herskende opfatning af forhandlingsmaximen, der har givet sig udtryk i de hidhørende bestemmelser i frd.ne af 1741 og 1796, anser det ikke foreneligt med bevarelsen af dommerens upartiske stilling, at han paa denne maade griber ind i bevismaterialets tilveiebringelse, og tilsteder den derfor kun, hvor hensynet til, at parten er uden juridisk bistand, opveier den fra forhandlingsmaximen hentede betænkelighed[7].

Dommerens virksomhed ved afhørelsen indskrænker sig, hvor parterne møder ved sagfører, til: 1) at paase, at spørgsmaalene i henseende til indhold og form opfylder lovens forskrifter (frdn. 1741 § 11 jfr. nedenfor); 2) at tydeliggjøre spørgsmaalene for vidnet og forebygge misforstaaelser (frdn. 1741 § 13); 3) hvor vidnets forklaring er selvmodsigende eller ustadig, at virke til mulig berigtigelse fra vidnets side (samme lovsted).

III. For vidneafhørelsens form er to forskjellige principer komne til anvendelse: det ene lægger an paa at fremkalde vidnernes spontane forklaring i en sammenhængende fremstilling om bevisgjenstanden (jfr. strpl. § 183), medens efter det andet vidneforklaringerne har at slutte sig nøie til bestemte spørgsmaal. Frdn. 1741 § 11 stillede parterne frit valg mellem begge disse metoder for

[7] Om dette standpunkts principielle berettigelse se foran p. 40—2. — Forøvrigt praktiseres reglerne om vidneafhørelse vistnok noget forskjellig af de forskjellige dommere efter deres større eller mindre sans og anlæg for en mere indgribende procesledelse.

vidneafhørelsen, men efter frdn. 1796 §§ 12 og 13 staar dette valg nu kun aabent, naar parten selv fører sin sag, medens der i andre tilfælde skal forelægges vidnet bestemte spørgsmaal.

Enhver part, der møder ved sagfører, har at lade fremlægge skriftlig de spørgsmaal, som han begjærer vidnerne forelagte, hvorimod den part, der selv møder i retten for at føre vidner, skal kunne lade disse afhøre efter mundtlige spørgsmaal. Paabudet om et særskilt spørgsmaalsskrift gjælder ikke de spørgsmaal, hvortil der under vidneafhørelsen maatte findes anledning fra den ene eller anden af parterne til fuldkomnere oplysning om de i de skriftlige spørgsmaal omhandlede forhold. Saadanne tillægs- eller modspørgsmaal kan fremsættes ved en tilførsel fra vedkommende sagførers side til retsbogen[8].

Ved disse til parterne rettede forskrifter er imidlertid ikke ophævet den adgang, som N. L. 1—13—6 giver vidnerne til, om de maatte ønske det, at afgive sin vidneforklaring i form af en oplæsning af, hvad de selv egenhændig har nedskrevet, noget, der dog selvfølgelig ikke befrir dem fra at underkastes yderligere afhørelse efter parternes begjæring. Den anførte artikel af lovbogen forudsætter, at vidnet selv oplæser den skriftlige vidneerklæring; og det er utilstedeligt, at dommeren oplæser den for ham. Endnu mere direkte i strid med loven er det, at erklæringer, afgivne af andre personer, foreholdes vidnet til vedtagelse, ligesom ogsaa, at dette sker med vidneforklaringer, afgivne af andre.

Spørgsmaalene maa ikke være suggestive, d. e. lægge vidnet i munden, hvad man vil have svaret (se frdn. 1741 § 11), eller kaptiøse, d. e. byggede paa en fordreielse af vidnets tidligere forklaring, saa at de forudsætter, at denne har indeholdt noget andet, end den virkelig indeholder (se samme lovsted).

Deri, at afhørelsen skal slutte sig til en bestemt «sag»

[8] I praxis finder ikke altid en udtrykkelig tilførsel af spørgsmaalene sted, idet det hyppig alene ved protokollationen af svarene fremhæves, at disse er afgivne «efter foranledning af» denne eller hin af parterne. — Jfr. forøvrigt Hambro Byretsdomme nr.ne 2301—2.

(frdn. 1741 § 11 i beg.), ligger, at de spørgsmaal, der skal forelægges vidnet, maa have den fornødne bestemthed i henseende til bevisgjenstanden. Vidneførselens naturlige øiemed er at bevise parternes angrebs- og forsvarsmidler, ikke at fremskaffe saadanne. Deraf flyder, at vidnespørgsmaalene ikke maa være inkvisitoriske, f. ex. ubestemt rettede paa, om vidnet kjender nogen omstændighed, der kan begrunde paastand fra citantens side paa erstatning hos sagvolderen[9].

IV. Er vidnet ikke det norske sprog mægtigt, maa afhørelsen ske ved tolk[10], forsaavidt ikke dommeren selv er tilstrækkelig herre over det fremmede sprog til at kunne lede afhørelsen i dette[11].

Er vidnet stumt, maa det afgive sin forklaring skriftlig, og er det tillige døvt, maa ogsaa spørgsmaalene stilles skriftlig. Er et saadant vidne ikke skrivekyndigt, maa der benyttes en mellemmand, der ved tegn kan gjøre sig forstaaelig[12].

V. Vidnerne bør afhøres hver for sig, jfr. N. L. 1—13—8, sidste del, der særlig indskjærper dette, naar sagen er af stor vigtighed (jfr. strpl. § 181). Er der uoverensstemmelser mellem vidnernes forklaringer, vil der kunne være opfordring til at stille dem ligeoverfor hinanden til mulig berigtigelse[13], en forholdsregel, der maa kunne bringes i anvendelse af dommeren paa egen haand.

VI. Regelmæssig har vidnet at bekræfte sin forklaring med ed eller anden dermed ligestillet bekræftelsesform. At noget vidne skulde afhøres uden at edfæstes, var utvivlsomt lovbogen en fremmed tanke, jfr. N. L. 1—13—8. Enten blev vidnet at afhøre under ed eller slet ikke at afhøre[14]. Men heri har retsbrugen gjort foran-

[9] Jfr. Schweigaard I p. 505; Ugebl. f. lovk. VI p. 18; Retst. 1861 p. 482; 1876 p. 552; 1888 p. 746.

[10] Jfr. foran p. 219.

[11] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 416—17.

[12] Jfr. Schweigaard I p. 416; strpl. § 122.

[13] For straffeprocessen se strpl. § 181 og Forelæsningerne over straffeproces p. 381—2.

[14] Dette er endnu den engelske rets standpunkt.

dring. Det antages nu, som allerede foran nævnt[15], at der kan afhøres som vidner personer, der paa grund af sin alder ikke kan stedes til ed (N. L. 1—13—19). Det samme vil man vel ogsaa antage om personer, der paa grund af manglende forstandsudvikling ikke kan have en klar opfatning af edens hellighed. Forbrydersk vandel ansees, som før omhandlet[16], ikke nu længer som efter lovbogen (1—13—18) som en grund til at udelukke vedkommende fra vidnesbyrd, men man vil dog ikke undlade ved spørgsmaalet om edfæstelse at se hen til, om ikke vidnets tidligere forhold gjør det antagelig, at dets agtelse for eden er sløvet[17].

Ogsaa vidnets egen forklaring kan indeholde grund til at undlade edfæstelse, naar den nemlig giver indtrykket af at være i særlig grad upaalidelig eller vidnets interesse i sagens udfald er saa fremtrædende, at den kan antages at have indeholdt en stærk fristelse til urigtig forklaring[18].

At vidnerne edfæstes, paasees *ex officio* af dommeren. Det antages dog i retsbrugen, at edfæstelse kan undlades, naar parterne er enige herom[19].

VII. Edfæstelse skal regelmæssig ske før afhørelsen (N. L. 1—13—8)[20]. Kun i tilfælde, hvor vidnerne har afgivet sine forklaringer paa aastedet, samt i odelssager skal efter N. L. 1—13—9 eden aflægges efter forklaringen[21].

Hvor et vidne afhøres flere gange under samme sag, gjentages ikke edfæstelsen; men de senere forklaringer afgives under paaberaabelse af den tidligere aflagte ed.

[15] Se p. 513.

[16] Jfr. foran p. 517.

[17] I denne henseende med Schweigaard (I p. 423) at lægge den afgjørende vægt paa, om straffen har været af en vis art, vilde være vilkaarligt. Straffede menedere bør nødig edfæstes, uanseet hvad straf de har faaet.

[18] Jfr. strpl. § 187 og Forelæsningerne over straffeproces p. 389; Hambro l. c. nr.ne 2268—9.

[19] Jfr. foran p. 471. Se ogsaa udk. til r. l. kap. XIV § 19, 2det led.

[20] Jfr. derimod strpl. § 185 i. f.

[21] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 500—1.

VIII. Angaaende edfæstelsens form findes bestemmelserne i l. 10 mai 1893, der afløser alle ældre regler.

Efter denne lovs § 1 foregaar edfæstelsen paa den maade, at dommeren tiltaler den, der skal aflægge eden, saaledes: «Sværger De at ville vidne den fulde og rene sandhed og intet fordølge?» (jfr. § 3, 1ste led i. f.), hvorpaa den sværgende staaende og med oprakt høire haand svarer: «Det sværger jeg, saasandt hjælpe mig Gud, den almægtige og alvidende.» Ved skriftlig edsaflæggelse benyttes følgende bekræftelsesord: «Dette sværger jeg, saasandt hjælpe mig Gud, den almægtige og alvidende.» Denne edsform anvendes ligeoverfor alle, hvis troesbekjendelse tillader edsaflæggelse, uden forskjel paa denne bekjendelses indhold iøvrigt. Den kommer saaledes til anvendelse saavel paa jøder som paa kristne. Derimod kommer den ikke til anvendelse paa personer, der hører til en troesbekjendelse, som ikke tillader ed (§ 2, 1ste p.). I dette tilfælde skal istedetfor ed afgives en forsikring paa den maade, at dommeren spørger: «Forsikrer De at . . .» (som oven), og at den tilspurgte staaende og med oprakt haand svarer: «Det forsikrer jeg paa ære og samvittighed.» Ved afgivelse af skriftlig forsikring benyttes følgende bekræftelsesord: «Dette forsikrer jeg paa ære og samvittighed» (§ 2, sidste led).

Medens tidligere alle, der tilhørte statskirken, maatte aflægge eden i den regelmæssige form, har l. 1893 § 2, 2det p. aabnet ogsaa statskirkens medlemmer adgang til istedetfor ed at afgive en saadan forsikring som oven nævnt, naar det strider mod deres religiøse opfatning at aflægge ed eller de ikke tror paa en almægtig og alvidende Gud. Dog skal dommeren i disse tilfælde, forinden forsikringen modtages, søge at forvisse sig om, at vedkommendes vægring ved at aflægge ed er grundet paa en alvorlig overbevisning.

Tilhører den, der opgiver ikke at tro paa en almægtig og alvidende Gud, ikke statskirken, synes tilfældet at burde bedømmes efter l. 1893 § 2, 1ste led, saaledes, at dommeren altid — uden hensyn til vidnets egen villighed til at aflægge ed — paalægger bekræftelse i form af en forsik-

ring. Men i andre tilfælde kan dommeren ikke vælge denne bekræftelsesform, blot fordi vidnet opgiver ikke at tro paa Gud, naar vidnet selv er villigt til at aflægge eden i den regelmæssige form. Imidlertid vil dommeren efter omstændighederne i et saadant tilfælde kunne negte al edfæstelse (jfr. foran).

Under aflæggelsen af eden eller afgivelsen af den høitidelige forsikring har samtlige i retten tilstedeværende at reise sig (l. 1893 § 3, sidste led).

Dommeren skal før edfæstelsen eller afgivelsen af den høitidelige forsikring forklare vidnet edens eller forsikringens betydning og det med samme forbundne ansvar og formane ham til at vidne den fulde og rene sandhed og intet fordølge (l. 1893 § 3 jfr. N. L. 1—13—8). Hvor vidnerne først edfæstes efter afhørelsen, bør denne formaning gaa forud for afhørelsen.

Det er ved l. 1893 § 4 overladt kongen at udfærdige formular for formaning af vidner med forklaring af vidneeden og af den høitidelige forsikring, der kan træde istedetfor samme. I henhold hertil er en saadan udfærdiget ved kgl. res. 23 januar 1897, II. Anvendelsen af denne forklaring er dog ikke i noget tilfælde ueftergivelig (jfr. N. L. 1—13—8).[22]

IX. Gjengivelsen af vidnernes forklaringer i retsbogen tilkommer dommeren (se frdn. 1741 § 11).[23] Protokolgjengivelsen skal efter dette lovbud oplæses for vidnet, som selv har at erklære sig om, hvorvidt det er bleven rigtig opfattet. Hvis derved foranlediges forandring eller tillæg, skal det antegnes i retsbogen.

§ 114.

OM VIRKNINGEN AF FEIL VED VIDNEFØRSELEN.[1]

I. Med hensyn til virkningen af, at der ved en vidneførsel klæber feil, maa der sondres:

[22] Udk. til r. l. kap. XIV § 19 har over hele linjen afløst den religiøse ed med en forsikring paa ære og samvittighed.

[23] Jfr. foran p. 213, med note 8.

[1] Schweigaard § 110 jfr. § 105.

1) Er vidneførselen bleven fremmet, skjønt der manglede en procesforudsætning (forligsmægling i hovedsagen, lovformeligt stevnemaal, saglig og stedlig domstolskompetens), vil denne mangel alene kunne gjøres gjældende gjennem appel. Dette gjælder, hvad enten spørgsmaalet om vedkommende procesforudsætnings tilstedeværelse har været gjort til gjenstand for udtrykkelig kjendelse eller ikke, hvorved det imidlertid forstaar sig, at mangelen paa en relativ procesforudsætning ikke kommer i betragtning, naar den ikke under vidneførselen har været paaberaabt.

Er den formelle mangel af den art, at den alene kan paaberaabes af vidnet (indsigelse, hentet fra varsel eller værneting), maa man vistnok antage, at den ingen indflydelse faar paa vidneførselens gyldighed. Vidnets betryggelse ligger i, at det, som det i afsnittet om appel vil blive paavist, kan hindre vidneførselens fremme ved særskilt appel af den kjendelse, hvorved dens fremme besluttes, medens adgangen hertil efter frdn. 17 mai 1690 ikke staar parterne aaben.

) At et vidne er afhørt, skjønt der foreligger en grund, der skulde have udelukket det fra afhørelse enten overhovedet eller med hensyn til et enkelt spørgsmaal, kan ligeledes alene gjøres gjældende ved appel af vidneførselen. Det samme maa antages, hvor edfæstelse har fundet sted til trods for en foreliggende udelukkelsesgrund. Om det tilfælde, at der forelaa en fritagelsesgrund, gjælder ganske det samme som om saadanne formelle mangler, der alene kan gjøres gjældende af vidnet.

3) Er afhørelsen eller edfæstelsen af vidnerne ikke foregaaet overensstemmende med lovens forskrifter, synes man at maatte skjelne:

a) Visse forskrifter har nærmest karakteren af ordensregler, hvis tilsidesættelse vel vil indeholde et pligtbrud fra dommerens side, men ikke medføre nogen virkning for vidneførselens gyldighed. Dette gjælder saaledes forbudene mod spørgsmaalenes suggestive eller kaptiøse form, regelen om vidnernes sondrede afhørelse, om deres forberedelse til edsaflæggelsen og vistnok ogsaa, skjønt

dette er mere tvivlsomt, budet om edsaflæggelsens tidspunkt.[2]

b) Er edfæstelse undladt, kommer det an paa, om dette er skeet, fordi dommeren har anseet en udelukkelsesgrund at foreligge, eller om det blot skyldes en forsømmelse. I første tilfælde kan den kun finde sted efter appel. I sidste tilfælde vil det forsømte kunne indhentes ved en senere edfæstelse (efter det under a bemærkede ogsaa, naar eden egentlig skulde have været aflagt før edfæstelsen).

c) I alle andre tilfælde, hvor feil er begaaet ved afhørelse eller edfæstelse af vidner, kan vidneførselen ved appel kjendes ugyldig.

II. Det ligger i, hvad der i det foregaaende er sagt, at dommeren, saalænge en vidneførsel er upaaanket, har at betragte den som feilfri og ikke kan tilsidesætte den eller tillægge den en ringere bevisværdi af hensyn til feil af den art, at de alene kan gjøres gjældende ved appel.

Paa den anden side er modstykket til denne regel, at en vidneførsel, der af overordnet instans er annulleret, ved sagens paadømmelse maa sættes helt ud af betragtning.

§ 115.

BEDØMMELSEN AF ET VIDNESBYRDS VÆGT.[1]

I. Som i § 95 berørt, stræbte lovbogen ud fra den legale bevisteoris standpunkt at opstille et absolut maal for vidnebevisets vægt og søgte at opnaa dette ved at opstille krav dels til vidnernes tal (N. L. 1—13—1) dels til deres saakaldte habilitet, d. e. frihed for visse i loven nærmere bestemte egenskaber, der forringer deres troværdighed. Efter lovbogens regel kunde dommeren paa den

[2] Jfr. Schweigaard I p. 522—3.

[1] Jfr. Ørsted Eunomia IV p. 218 ff.; Schweigaard §§ 91—7; Nellemann Ord. civ. procesmaade p. 427—523 (§§ 85 ff.); Deuntzer Civilproces § 42. Se ogsaa om spørgsmaalet i sin almindelighed den fortrinlige afhandling af Glaser i Gerichtssaal bd. 33, p. 1 ff. (Zur Kritik des Zeugenbeweises).

ene side aldrig forkaste et bevis, der førtes ved de to saakaldte klassiske vidner, d. e. vidner, ved hvilke der ikke klæbede nogen af lovens inhabilitetsgrunde. Paa den anden side maatte han altid frakjende et vidnebevis, der ikke opfyldte disse vilkaar, enhver beviskraft. Lovbogen kjendte intet mellemled mellem fuld troværdighed og ingen troværdighed;[2] og det var den derfor en ganske fremmed tanke, at mangler ved vidnernes fulde habilitet skulde kunne erstattes ved et større antal eller lign. De inhabile vidner skulde overhovedet «ikke ansees» og derfor, som i § 108 forklaret, slet ikke føres, hvor mangelen paa forhaand var klar.[3]

Efterat imidlertid den følgende retsudvikling havde sat sig ud herover og tilstedt førelsen ogsaa af inhabile vidner, var det, som paapeget p. 517, naturligt, at man nødig bekvemmede sig til helt at sætte deres forklaringer ud af betragtning, naar disse bestyrkedes enten ved den indbyrdes overensstemmelse mellem fleres udtalelser eller ved andre bevisligheder eller deres egen indre sandsynlighed. Man gled med andre ord over i en konkret prøvelse af det inhabile vidnes prov, der laa udenfor lovbogens forudsætning, og som nødvendigvis maatte undergrave dennes legale bevissystem i det hele. Var man nemlig først kommen ind paa at spørge, om ikke mangler ved et vidne kunde opveies ved særlige omstændigheder, der i det enkelte tilfælde styrkede dets troværdighed, laa det nær paa den anden side ogsaa at spørge, om ikke den de lovfaste vidner tillagte troværdighed kunde svækkes ved særlige mangler af anden art end de i loven nævnte. Dette sidste ledede til, at man paa egen haand opstillede en klasse

[2] Jfr. Nellemann l. c. p. 318—19.

[3] Schweigaards betragtning (I p. 468, nederst), at lovbogen ved at tie om de ulovfaste vidners beviskraft dog ei har villet udelukke en saadan, er uhistorisk, ligesom den heller ikke stemmer med lovens ord. Hvor lidet denne opfatning passer ind i hele lovbogens system, vil maaske bedst fremgaa, naar man betænker, at der efter N. L. 1—14—3 ingen adgang var til at udfylde et mangelfuldt vidnebevis med partsed, der ellers efter datidens bevisteori var det middel, hvorved ufuldstændigt bevis udfyldtes.

saakaldte halvtroværdige vidner, der ikke led af nogen af de i loven omhandlede mangler, men hvis troværdighed svækkedes af andre omstændigheder.[4]

Herved var i virkeligheden lovbogens bestemmelser om vidnehabilitet omdannede fra at være bindende til kun at være veiledende regler.

Længst har forestillingen om, at lovbogens regel angaaende vidnetallet var bindende, holdt sig, hvilket hænger sammen med, at denne regel, som nedenfor skal sees, inden visse grænser har sin naturlige berettigelse. Imidlertid gjennembrødes ogsaa denne regel derved, at man tilstedte sankevidner, d. e. vidner, som til forskjellige tider har gjort sine erfaringer[5] og hvis prov saaledes ikke kan anvendes til den gjensidige kontrol, hvori netop fordringen til en flerhed af vidner har sin stærkeste begrundelse. Herfra er der da kun et kort skridt til den antagelse, at ogsaa et enkelt vidnes prov, bestyrket ved andre omstændigheder eller endog ved sandsynligheden af vidneforklaringens eget indhold, kan være tilstrækkeligt. Paa den anden side bør det da heller ikke fra den nu herskende bevisopfatnings standpunkt betvivles, at dommeren kan tilsidesætte to «lovfaste» vidners prov, naar han ved en individuel prøvelse af vidnesbyrdet finder dettes værd ufyldestgjørende.[6]

[4] Denne udvikling skyldes navnlig Ørsted i hans før omtalte afhandling om vidnebeviset; jfr. Nellemann A. S. Ørsteds betydning I p. 130—1.

[5] Jfr. Retst. 1852 p. 285; 1873 p. 627; Schweigaard I p. 464—5.

[6] Jfr. Retst. 1892 p. 199 jfr. p. 198. Se derimod Ørsted l. c. p. 387; Nellemann l. c. p 516. Har man først brudt lovens regel derved, at man tilsteder et bevis, ført ved ulovfaste vidner, er det uden al sammenhæng, naar man vil binde dommerens hænder i henseende til de lovfaste vidner. Indrømmer man, at dommeren i de ulovfaste vidners forklaringer og de omstændigheder, der ledsager disse, kan finde anledning til at tillægge dem fuld vægt, maa man nødvendigvis indrømme, at han i de lovfaste vidners udsagn eller de omstændigheder, der ledsager disse, kan finde grundet anledning til tvivl. En modsat lære vilde ikke være at opretholde lovens regel, men at erstatte den med en regel, der er laant fra to modstridende systemer og saaledes bærer en uløselig modstrid i sig. — Jfr. forøvrigt det i Forelæsningerne over straffeproces p. 294--5 udviklede om, at to udadlelige vidners prov ikke efter forholdets natur egner sig til at danne noget konstant bevismaal.

II. I almindelighed kan man sige, at et vidnesbyrds vægt afhænger af følgende omstændigheder:[7] 1) vidnets aandelige og legemlige evne til klar og skarp iagttagelse, 2) graden af den opmærksomhed, som vidnet har skjænket vedkommende forhold, 3) evnen til paalidelig gjengivelse (hvilket man har kaldt vidnets dexteritet), 4) dets vilje til saadan (sinceritet), 5) betryggende garanti for, at det, som vidnet vil sige, bliver fuldstændig og rigtig forstaaet, og at intet bliver upaaagtet, der er egnet til at vække tvivl om forklaringens sandhed. Disse betingelser for vidnesbyrdets vægt vil dels bero paa: a) vidnets personlighed, dels b) paa dets forhold til den enkelte sag, dels c) paa indholdet af vidnets forklaring, dels d) paa de omstændigheder, hvorunder den afgives, og dels e) paa dens forhold til andre under sagen tilveiebragte oplysninger. Disse enkelte momenter skal i det følgende søges nærmere belyste under særlig fremhæven af de i lovbogen omhandlede inhabilitetsgrunde. Om disse end ikke — som under I. paavist — længer har nogen bindende karakter, er det dog klart, at de forsaavidt faar en særlig betydning, som retsbrugen vil nære saa meget mindre betænkelighed ved at tillægge et moment vægt, naar det er fremhævet i lovgivningen.[8]

a) De for vidnesbyrdets værd bestemmende omstændigheder, der staar i forbindelse med vidnets personlighed, er navnlig følgende:

1) Alderen, der er af betydning baade for iagttagelses-, opfatnings-, erindrings- og gjengivelsesevnen. Her er selvfølgelig ikke 15-aars alderen (N. L. 1—13—19) afgjørende, men dels vedkommendes udvikling i det hele dels bevisgjenstandens art.

2) Svækkede aandsevner, — varig eller forbigaaende (sygdom, beruselse) — og svækkede eller mangelfulde sanser (døvhed, blindhed).

[7] Jfr. Glaser l. c. p. 11.

[8] Især gjælder dette, hvor lovgivningen (jfr. arvelovens § 50) foreskriver, at vidnerne «ei alene i almindelighed, men ogsaa med hensyn til handlingen eller deres forhold til sagen og parterne have fuld troværdighed»; jfr. Retst. 1868 p. 528—9 og 1870 p. 638.

3) Vidnets moralske værdighed og tilforladelighed. Dette moment har navnlig i ældre tider været tillagt en afgjørende betydning.[9] Lovbogen foreskriver i 1—13—5, at ingen ukjendte personer skal stedes til vidnesbyrd. Om end denne forskrift ikke strengt opretholdes efter sin ordlyd, er det klart, at den nævnte omstændighed altid maa tillægges stor vægt, idet den afskjærer muligheden af at fremdrage personlige momenter, der naturlig hører med til bedømmelsen af vidnesbyrdet.

Dernæst tillægger N. L. 1—13—20 forbrydersk vandel en særegen vægt. Lovbogen vilde udelukke fra vidnesbyrd alle, der var dømte til vanærende straffe, samt desuden alle tyve og grovere misdædere.[10] Lovbogens regel kan her ikke engang tjene som veiledning, da den bygger paa en fra vor helt forskjellig strafferetslig opfatning. Vi har ingen æresstraffe, og ingen vilde i nutiden falde paa at anse alle tyvsdømte personer som absolut utroværdige.[11]

Det, der bestemmer den forbryderske handlings indflydelse paa bedømmelsen af vidnesbyrdets vægt, er ikke saa meget handlingen i og for sig, som den udstrækning, i hvilken den kan ansees som et udslag af vidnets moralske karakter i det hele. Derfor vil der være at tage et væsentligt hensyn ikke blot til den enkelte forbrydelses egen art, men ogsaa til forbryderens liv forøvrigt. Navnlig vil det komme i betragtning, om forbrydelsen er en enkeltstaaende forvildelse, eller der foreligger en række saadanne (forbrydersk vandel i egentlig forstand), suavel-

[9] I oldtiden var trælle udelukkede fra vidnesbyrd, og i straffelove fra nutiden forekommer fortabelse af evnen til at være vidne som straf for visse forbrydelser. Jfr. til forsvar for denne opfatning især Ørsted Eunomia IV p. 177—8 jfr. p. 218. Se iøvrigt Forelæsningerne over straffeproces p. 294.

[10] At artikelen er saaledes at forstaa, fremgaar klart af kilden, Koldingske reces af 1558 c. 18; se Nellemann l. c. p. 430 ff. (§ 86 i beg.).

[11] Schweigaards forsøg (§ 92) paa at bringe lovstedet i overensstemmelse med den nyere strafferet er — som ogsaa Nellemann (l. c.) bemærker — ganske vilkaarligt. Den sidstnævnte forf.s egen fremstilling tager ikke tilstrækkeligt hensyn til den forandrede opfatning af bevisbedømmelsen. Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2267.

som til, hvor langt den ligger tilbage i tiden, og hvorledes vidnets senere vandel har været. Æresopreisning[12] vil i saa henseende medføre rehabilitation, men vil ikke være en nødvendig betingelse for, at man ved bedømmelsen af vidnehabiliteten kan se bort fra en ældre forbrydelse.

I kraft af den samme tankegang maa ogsaa umoralsk vandel, der ikke netop er forbrydersk, komme i betragtning som svækkende et vidnes troværdighed. Ingen dommer vil være i tvivl om at skjænke en notorisk løgner eller en udsvævende drukkenbolt mindre tiltro end en person, der en enkelt gang har været dømt for et eiendomsindgreb, men forøvrigt levet ulastelig.

Under den vor civile proces beherskende stive forhandlingsmaxime har dommeren paa den ene side ingen adgang til paa anden maade end ved spørgsmaal til vidnet selv at bringe for dagen momenter af den her omhandlede art, men paa den anden side heller intet middel til at hindre parterne i bevisførsel om vidnets tidligere liv i hensigt at svække dets prov, selv hvor den tort, som det kan medføre for vidnet, at det under opfyldelsen af en borgerpligt ser sit liv draget frem for offentligheden, ikke staar i noget forhold til det, der kan opnaaes ved en saadan bevisførsel.[13]

b) Vidnets forhold til den enkelte sag og dens parter:

1) En fremtrædende betydning tilkommer her først og fremst egen interesse i sagen (økonomisk eller personlig; endog den interesse, der begrundes ved, at man paa forhaand har udtalt en bestemt teoretisk mening, vil efter

[12] Jfr. strl. §§ 75 og 76.

[13] Jfr. derimod strpl. § 336. Se ogsaa udk. til r. l. kap. XIII § 10: «Bevisførelse, sigtende til at svække eller styrke en parts eller et vidnes troværdighed i sin almindelighed maa kun finde sted paa den maade og i den udstrækning, som retten tilsteder. Den bør negtes, naar de tilsigtede oplysninger ikke findes at være af væsentlig betydning. Dog maa modbevis altid tilstedes. — Bevidnelser, udstedte angaaende parters eller vidners gode eller slette navn og rygte tilstedes ikke benyttede. Bevis for overgaaet straffedom kan altid føres.»

omstændighederne kunne komme i betragtning). Dette moment gjør sig imidlertid selvfølgelig kun gjældende, hvor indholdet af vidnets forklaring gaar i den retning, der stemmer med dets interesse. Forklarer det sig imod sin egen interesse, vil dette netop være en omstændighed, der forøger vægten af dets vidnesbyrd, og som kan opveie indflydelsen af omstændigheder, der ellers vilde være egnet til at svække dets troværdighed (f. ex. forbrydersk vandel).

Med føie har man tillagt det betydning, at vidnet oppebærer betaling for sit vidnesbyrd. Selv om denne ikke har karakteren af ligefrem bestikkelse, vil det dog altid let fremkalde tilbøielighed hos vidnet til at begunstige den ene part, at han hos denne modtager en belønning, ialfald saafremt denne gaar ud over en erstatning for reiseudgifter, tab af arbeidsfortjeneste o. lign.

2) Fiendskabsforhold til en af parterne omhandles i N. L. 1—13—16.[14] Dette moment taber sin betydning, naar vidnesbyrdet er til gunst for avindsmanden. Er det delvis til gunst delvis til skade, kan det alene efter de konkrete omstændigheders beskaffenhed afgjøres, hvad vægt fiendskabsforholdet skal tillægges.

3) Slægtskabs- og afhængighedsforhold. N.L. 1—13—17 (jfr. l. 28 aug. 1854 § 32, sidste p.) nævner som «villige vidner» husbond, hustru, forældre, børn, tyende, søskende eller ligesaa nær besvogrede. Da denne opregning indledes med ordet «saasom», har man antaget, at regelen ogsaa maatte kunne udstrækkes til andre forhold (saasom forholdet mellem forlovede og mellem fosterforældre og fosterbørn),[15] forsaavidt der ikke som ved slægtskabs- og svogerskabsforholdet gjennem gradbetegnelsen er antydet en bestemt grænse, idet man dog tildels har henført fjernere slægtninge til klassen «halvtroværdige» vidner.[16] Det naturlige vil være ikke ensidig at se hen til slægtskabets grad, men ogsaa at tage i betragtning, hvorvidt der virkelig har bestaaet noget nærmere personligt forhold mellem slægtningerne.

[14] Jfr. Hambro l. c. nr. 2203.
[15] Schweigaard I p. 427.
[16] Ørsted l. c. § 16.

Loven tænker vistnok kun paa forhold til nogen af parterne selv. Efter omstændighederne vil imidlertid ogsaa lignende forhold til andre, der har en umiddelbar interesse i sagens udfald, samt til en procesfuldmægtig (derimod ikke lettelig til vidner) kunne komme i betragtning. Den anførte artikel i lovbogen vilde have «villigheden» helt sat ud af betragtning, naar sagen var af den beskaffenhed, «at ingen andre vidner kunde haves». Denne bestemmelse hænger sammen med, at de villige vidner efter lovbogen var udelukkede fra at føres, hvilket maatte opfordre til forsigtighed med at afskjære alt bevis. I nutiden vil man ikke kunne tillægge det fremhævede moment nogen vægt, da det ikke besidder nogen naturlig sammenhæng med vidnernes troværdighed. Saa meget større betydning vil man derimod tillægge indholdet af vidnets forklaring, navnlig om det er til gunst eller skade for den paarørende [17].

c) Allerede af det under foregaaende litra forklarede fremgaar det, hvorledes vidneforklaringens indhold kan faa betydning i henseende til at styrke eller svække vidnesbyrdets troværdighed. Iøvrigt bemærkes herom:

1) En særlig vægt maa det selvfølgelig tillægges, om vidnets forklaring er «ustadig» (jfr. N. L. 1—13—21). Imidlertid egner dette moment sig ikke til at bedømmes saa absolut, som skeet er i det anførte lovsted. Det maa komme an dels paa, om ustadigheden angaar hoved- eller bipunkter (hvorved dog bemærkes, at ustadighed med hensyn til de sidste kan være indicium paa manglende iagttagelse i det hele), dels paa, om ustadigheden kan forklares af omstændigheder ved vidnesbyrdets afgivelse (ængstelse, forvirrende spørgsmaal o. lign.) [18]. Paa samme maade maa selvmodsigelser og tilbagekaldelser af tidligere vidneforklaring undergives en konkret bedømmelse. I det hele maa ved vidnesbyrdets bedømmelse tages hensyn til det som helhed.

2) I særlig betragtning maa det altid komme, om vid-

[17] Jfr. iøvrigt Retst. 1890 p. 81; 1891 p. 540.

[18] Jfr. frdn. 3 marts 1741 § 13; se iøvrigt Glaser l. c. p. 80 ff.

nets forklaring alene indeholder en meddelelse om, hvad det har seet eller hørt, eller om det tillige eller udelukkende udtaler et skjøn. Som allerede bemærket udgjør forklaringer af førstnævnte art vidnebevisets egentlige hovedomraade, men det er ikke udelukket, at ogsaa skjønsmæssige vidneforklaringer efter omstændighederne kan faa betydning endog som fuldt bevis[19].

3) Et hovedmoment vil endvidere være beskaffenheden af de grunde, hvorpaa vidnet bygger sin forklaring[20]. Navnlig kommer her i betragtning, om vidnets forklaring beror paa egen iagttagelse eller paa meddelelser fra andre[21]. Ved siden deraf maa der ogsaa tages hensyn til, om det iagttagne ligger kortere eller længere tilbage i tiden. — Afgjørende for vidnesbyrdets forkastelse vil det naturligvis være, hvis vidnets forklaring beror paa, at det er bleven paavirket til at forklare sig i en vis retning.

4) Videre kommer i betragtning vidneforklaringens større eller mindre indre sandsynlighed samt

5) Den større eller mindre klarhed og skarphed i vidnets fremstilling som bevis paa større eller mindre skarphed i iagttagelse og erindring, samt den større eller mindre erfaring og sagkyndighed i bedømmelsen af vedkommende art kjendsgjerninger, som vidnets forklaring røber. En række lignende momenter unddrager sig iøvrigt dommerens vurdering under en skriftlig proces, der ikke kræver bevisets umiddelbarhed[22].

[19] Jfr. Ugebl. f. lovk. X p. 522—3. Jfr. iøvrigt Forelæsningerne over straffeproces p. 363—4 og foran p. 524, note 5.

[20] Jfr. strpl. § 183, 2det p., hvorefter vidnet især deleshed skal tilholdes at angive kilden til sin kundskab. I den ældre ret under overgangen fra det formale til det materielle bevissystem kom dette moment slet ikke i betragtning. Vidnet besvor edstemaet, uden at det spurgtes om, hvorvidt det havde sin kundskab fra egen oplevelse eller paa anden eller tredje haand, jfr. Sylow Den materielle bevisteoris udvikling p. 188—9.

[21] Dette sidste moment har den engelske ret tillagt den betydning, at den ganske udelukker saakaldt *hear-say-evidence* (*testes de auditu*). Jfr. iøvrigt herimod Heusler i Arch. f. civ. praxis bd. 62 p. 274 ff.

[22] Se Forelæsningerne over straffeproces p. 82; jfr. det af Glaser p. 88, note, anførte citat af en fransk forfatter: «*Le proces verbal peut*

d) Med hensyn til de omstændigheder, hvorunder vidneforklaringen er afgiven, vil navnlig komme i betragtning, om den er afgiven i eller udenfor retten (jfr. N. L. 1—13—4 og foran p. 538—9), samt om afhørelsen har været ledet overensstemmende med lovens forudsætninger (spørgsmaalene ikke været suggestive eller kaptiøse eller uklare), og om edfæstelse har fundet sted. Ligeledes vil der efter det i § 99, II udviklede blive at tage hensyn til, om vidnesbyrdet er aflagt i anledning af den sag, under hvilken det benyttes, eller i en anden. Derimod vil der, som i § 114 forklaret, ikke kunne tages hensyn til rettergangsfeil ved vidneførselen, der er af den art, at de skal gjøres gjældende ved appel, saalænge vidneførselen ikke er annulleret af overordnet instans.

e) At vidneforklaringens vægt vil svækkes eller styrkes, eftersom den stemmer eller er i strid med andre under sagen tilveiebragte oplysninger, er klart. Særlig bliver her følgende tilfælde at fremhæve:

1) Vidnesbyrdets overensstemmelse med et andet vidnes forklaring. Det er allerede foran bemærket, at den legale bevisteoris fordring til, at der skal være mindst to vidner, hviler paa et naturligt grundlag[23], om det end ikke kan anerkjendes berettiget at gjøre den til en ufravigelig regel, hvad heller ikke retsbrugen gjør[24]. Vidnebeviset er i sig selv ikke noget særlig paalideligt bevismiddel, da dets værd, som af nærværende fremstil-

il rapporter ces hésitations, ces longues réticences, ces suggestions employées pour obtenir son déclaration? Peut il peindre son trouble, son accent, son émotion?»

[23] Forestillingen om, at et ensligt vidnes prov er et upaalideligt bevis, er meget gammel og har givet sig udtryk i de forskjelligste retsforfatninger. I 4de Mosebog c. 35 udtales, at en drabsmand kan fældes paa 2 vidners udsagn, men ikke paa et (jfr. ogsaa 5te Mosebog c. 17 v. 6, c. 19 v. 15; Matthæus c. 18 v. 16; 2 Cor. c. 13 v. 1; Hebr. c. 10 v. 20). Keiser Constantin udtaler i c. 9 § 1, C. 4. 20: *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicium in quacunque causa facile patiatur admitti* (altsaa ingen absolut bindende regel). I de gamle norske retskilder heder det: «et vidne er som intet og to er som ti» (jfr. G. L. 59. 60; F. L. XIII 25; M. L. I. 4; VIII 2; B. L. 3).

[24] Se Hambro l. c. nr. 2089, 2090, 2098; se ogsaa foran note 5.

ling vil fremgaa, afhænger af en mængde forskjellige momenter, som det ingenlunde altid er muligt for dommeren at kontrollere. Overensstemmelsen mellem flere vidners forklaring vil indeholde dels en moralsk garanti, idet derved mistanke for mulig uredelighed kan udelukkes[25], dels garanti for vidnernes rigtige opfatning af vedkommende begivenhed. Den sidstnævnte garanti opnaaes kun, hvor vidnerne har gjort sine iagttagelser samtidig, eller hvor disse ialfald knytter sig til et og samme varigere forhold eller en og samme tilstand, derimod ikke, hvor de angaar forskjellige, om end ensartede handlinger eller begivenheder (sankevidner).

2) Strid mellem vidneforklaringer omhandles i N. L. 1—13—12[26], der foreskriver, at dommeren isaafald «skal grangivelig granske og forfare alle de vidnesbyrd paa baade sider og dømme efter dem, som retvise kunde kjendes». Ved denne bestemmelse tilsigtede lovbogen visselig ikke at give dommeren en med den legale bevisteori uforenelig bemyndigelse til at anvende en friere kritik af vidnesbyrdets eget indhold. Hvad lovbogen alene vil udtale, er, som det udhævede ord og artikelens fortsættelse viser, at dommeren skulde se at udfinde, hvilke af vidnerne havde aflagt falsk forklaring, og sætte disse ud af betragtning[27]. I nutiden forstaaes derimod artikelen overensstemmende med den frie bevisprøvelses tanke derhen, at dommeren har efter beskaffenheden af vidnerne og deres forklaringer at danne sig en formening om, hvem af dem fortjener tiltro. Tallet af de vidnende personer

[25] Jfr. Ørsted l. c. p. 390, som heri ser hovedargumentet for kravet paa to vidner. Herved maa dog bemærkes, hvad Schweigaard i en anden forbindelse (under læren om modbevis, se I p. 664) henpeger paa, at den, der overhovedet lægger an paa ved uredelige midler at skaffe sig et vidnebevis, lettelig vil søge at faa et større antal vidner.

[26] Jfr. Schweigaard § 134.

[27] Ved hensynet til at gjøre denne undersøgelse mulig er ogsaa budet i den følgende artikel (N. L. 1—13—13) motiveret, hvorefter den, der vil afhøre modvidner, skal stevne de tidligere vidner, et bud, der, som før nævnt, er bortfaldt ved l. 4 juni 1892 § 41.

paa begge sider vil herved alene kunne faa en underordnet betydning.

3) Om strid mellem vidner og syn eller skjøn skal blive talt i en følgende paragraf.

III. RETSLIGT SYN OG SKJØN[1].

§ 116.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

I. Retsligt syn eller skjøn er et bevismiddel, der bestaar deri, at offentlig opnævnte mænd i et bestemt antal og under iagttagelsen af bestemte retslige former afgiver erklæring om et forhold, som de for anledningen er specielt opfordrede til at undersøge. Deri, at skjønsmændenes antal er bestemt, og at en skjønsforretning overhovedet ikke kan fremmes med et større eller et mindre antal mænd end det lovbestemte, samt deri, at disse mænd enten er opnævnte eller udvalgte med begge parters samtykke, ligger den væsentligste forskjel ligeoverfor vidnebeviset, medens det, som forklaret i § 107, ikke fra vor gjældende civilprocesrets standpunkt lader sig sige, at der er visse arter erklæringer, som efter sit indhold begrebsmæssig kun kan være gjenstand for bevis ved syn og skjøn, ikke for vidnebevis. Derimod kan det paa den anden side siges, at visse arter erklæringer ikke kan være gjenstand for førstnævnte bevismiddel. Dette er tilfældet med:

1) Erklæringer, der ikke angaar forhold, som de for anledningen er særlig opfordrede til at undersøge. Bevismidlet syn og skjøn er i vor ret udviklet i tilknytning til lovbogens bestemmelser i 1—16 om

[1] Schweigaard §§ 119—30; O. Platou Udsigt over principerne for syn og skjøn i Retst. 1875 p. 761 ff. Jfr. ogsaa Ørsted Systematisk udvikling af læren om syns- og granskningsforretninger i Jur. arkiv bd. 5 p. 144 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 111—118; Deuntzer Civilproces §§ 44—46.

«granskninger». Og om man end ikke længer vil fastholde, at der skal være noget synligt objekt for skjønnet, maa dog dette altid staa i forbindelse med en undersøgelse, der anstilles i anledning af den konkrete retssag. Derfor udelukkes fra det retslige syns og skjøns omraade: a) Forklaringer om, hvad vedkommende leilighedsvis har iagttaget, selv om denne iagttagelse forudsætter sagkyndighed (f. ex. hvad en læge har observeret). b) Forklaringer om almindelige regler eller sætninger, tilhørende videnskaben eller livet (saasom erklæringer om almindelige forretningskutymer).

2) Erklæringer, hvis afgivelse forudsætter undersøgelser af en særlig teknisk eller videnskabelig art[2]. Paa saadanne kan lovens regler om syn og skjøn ikke bringes i anvendelse, fordi disse regler forudsætter et vist ufravigeligt, forholdsvis stort antal skjønsmænd (regelmæssig for underskjøn 4, for overskjøn 8), der skal gjøre sine iagttagelser i fællesskab. Dette vil dels gjøre formerne for syn og skjøn mindre anvendelige, hvor der kræves særegne undersøgelsesmetoder (f. ex. langvarige kemiske analyser); dels vil det fornødne antal sagkyndige skjønsmænd ikke altid kunne haves for haanden. Grænsen er her iøvrigt ikke skarp; og hvor det fornødne antal mænd kan tilveiebringes, anvendes retsligt skjøn ofte, selv hvor det forudsætter ret særlige tekniske indsigter (saasom ingeniør- eller bygmesterkyndighed)[3].

Medens den under 1 a) omhandlede indskrænkning i omraadet for det heromhandlede bevismiddel vil findes ganske naturlig, idet tilfældige iagttagelser og erfaringer udgjør det egentlige hovedfelt for vidnebeviset, er derimod de under 1, b og under 2 omhandlede begrænsninger af positiv art og lidet stemmende med sagens natur, der kræver, at ogsaa disse forhold kan gjøres til gjenstand for bevis ved sagkyndige som et fra vidnebeviset forskjelligt

[2] Jfr. Schweigaard I p 578—9.

[3] Jfr. ogsaa l. 28 aug. 1854 § 23, hvor det forudsættes, at retsligt skjøn ogsaa kan finde sted i tilfælde, i hvilke særlig teknisk indsigt kræves, og hvor der træffes anordninger for at udvide kredsen af dem, blandt hvilke skjønsmænd i saadanne tilfælde kan tages.

bevismiddel; jfr. strpl. 16de kapitel, ved hvilket en saadan ordning i overensstemmelse med nyere procesloves grundsætninger er gjennemført paa straffeprocessens omraade[4]. Efter vor nugjældende lovgivning er der i civilprocessen ingen adgang til et særlig sagkyndigt bevis netop i de tilfælde, hvor sagkyndighed er ueftergivelig betingelse for at bringe fuldt lys i en sag. Parterne kan vistnok lade den sagkyndige afhøre som vidne; men dette forudsætter indvilgelse fra hans side, da vidnepligten, som før forklaret, ikke omfatter den slags erklæringer[5]. I retsbrugen er det almindeligt at erhverve sagkyndige udtalelser af den her omhandlede art skriftlig og fremlægge dem i retten; men heller ikke til skriftlig afgivelse af sagkyndige udtalelser gives der nogen pligt[6]; og deslige skriftlige beviser ligger derhos ganske udenfor loven, hvorfor deres rette vurdering frembyder vanskeligheder[7].

Den sagkyndighed, hvorom der ved retsligt syn og skjøn bliver tale — forsaavidt der overhovedet udkræves nogen saadan —, bliver saaledes væsentlig den, som erhverves ved erfaringer, høstede i en vis livsvirksomhed, og som ikke kan forudsættes at besiddes af mænd i de ordinære dommeres stilling.

Forøvrigt kan gjenstanden for den sagkyndige udtalelse være af forskjellig art: 1) Den kan gaa ud paa blot at konstatere en forhaandenværende tilstand (et varepartis størrelse, en trælastbeholdnings dimensioner, en dæmnings høide, et instruments toner, en gjenstands lugt). Dette er de rene «syn», hvorved det ikke kommer i betragtning, om den bestaaende tilstand fastslaaes ved synet eller ved andre sanser. 2) Den kan endvidere gaa ud

[4] Jfr. om bevismidlet sagkyndige i straffeprocessen Forelæsningerne over denne p. 360 ff. og 419—20. — Udk. til r. l. kap. XVII anvender paa civilprocessens mark lignende grundsætninger for bevis ved sagkyndige som de, der nu gjælder i straffeprocessen. Det samme er tilfældet med l. om umyndiggjørelse af 28 novbr. 1898.

[5] Jfr. som modstykke strpl. § 190, der udstrækker pligten til efter rettens opnævnelse at gjøre tjeneste som sagkyndig ligesaa langt som vidnepligten.

[6] Jfr. Schweigaard I p. 604.

[7] Jfr. forøvrigt nedenfor i afsnittet om skriftlige bevis (§ 125).

paa en bedømmelse af tilstande eller begivenheder. Det aller hyppigste formaal for skjøn er værdsættelser (af en gjenstands pris, en skades omfang o. s. v.). Men iøvrigt kan den bedømmelse, hvorom der spørges, være af den forskjelligste art (en vares kvalitet, en maskines drivkraft, en bros bæreevne, et bygværks styrke eller brandsikkerhed, et skibs sødygtighed o. s. v.). Endelig kan 3) den udtalelse, der afæskes skjønsmændene, angaa sammenhængen mellem flere kjendsgjerninger eller tilstande, navnlig spørgsmaalet om, hvorvidt der fra en vis tilstand eller en vis begivenhed kan sluttes til den aarsag, der har fremkaldt den (saasom om der fra en beskadiget gjenstands udseende kan sluttes til den aarsag, der har fremkaldt beskadigelsen, om der fra visse under en seilads iagttagne omstændigheder lader sig slutte til skibets tilstand under seiladsen), eller det tidspunkt, da den er indtraadt (f. ex. om de gjenstaaende stubbers eller det fældede tømmers udseende tilsteder nogen slutning til tiden, da hugsten foregik).

I alle tilfælde er, som det sees, og som allerede fremhævet foran i §§ 94, V og 107, forholdet det, at de sagkyndige enten udtaler sig om visse erfaringssætninger i almindelighed eller om anvendelsen af saadanne paa givne tilfælde, eller at de ligesom paa dommerens vegne foretager en granskning af foreliggende, for sagens afgjørelse betydningsfulde kjendsgjerninger[8].

II. Som det vil blive paavist i § 121, tillægger vor gjældende ret inden visse grænser et i lovlige former optaget syn eller skjøn bindende virkning for dommeren. Paa dette omraade gjælder forsaavidt endnu den legale bevisteori. Herved fremkommer imidlertid en eiendommelig mangel paa sammenhæng i de hidhørende regler. Den bindende virkning af skjønnet er, som antydet, betinget af, at det er optaget i de foreskrevne former. Hvor disse er uanvendelige — altsaa i de under I, 2 omhandlede tilfælde — kan heller ikke skjønnet være bindende,

[8] Jfr. F. Stein Das private Wissen des Richters p. 68; jfr. særlig om forholdet til vidner sammesteds p. 62 ff.

uagtet disse tilfælde netop vil være saadanne, hvor den sagkyndighed, der udkræves, ligger fjernest fra dommerens almindelige erfaringssfære.

I de tilfælde, hvor et i lovlige former optaget skjøn binder dommeren, er denne ogsaa afskaaret fra at bringe i anvendelse ved sagens paadømmelse erfaringssætninger af den art, som forudsættes ved et saadant skjøn, naar de ikke er forelagte ham i den for bevisførsel ved skjøn foreskrevne form (f. ex. selv ved skjøn ansætte beløbet af en lidt skade). Men forholder dette sig saa, kan man aabenbart ikke blive staaende herved, men maa opstille som almindelig regel den allerede foran p. 441—2 nævnte sætning, at dommeren ikke paa egen haand kan bringe i anvendelse indsigter, hvoraf han maatte være i besiddelse, forsaavidt disse er af den særlige art, at ikke enhver mand med en dommers almindelige uddannelse og livserfaring maa forudsættes at besidde dem. Heller ikke de under I, 2 omhandlede undersøgelser, der ikke lader sig indordne under et lovligt skjøns retslige former, kan dommeren saaledes paa egen haand foretage; han kan alene bygge paa, hvad der er forelagt ham under sagen.

I visse tilfælde har loven søgt at skaffe de særlige indsigter, der kræves til et skjøn, repræsentation inden retten selv (de forskjellige arter domsmænd). I disse tilfælde gjælder de foran udviklede sætninger ikke, forsaavidt angaar de omraader, hvor de i retten repræsenterede indsigter gjør sig gjældende.

Den omstændighed, at visse erfaringssætninger kan anvendes af retten, uden at nogen bevisførelse forsaavidt udkræves, bevirker ikke, at en saadan overhovedet ikke herom kan finde sted under sagen; men den vil alene have en veiledende betydning[9].

Som man af det foranstaaende vil se, anvender vor lovgivning til afgjørelsen af visse skjønsmæssige bestanddele af en sag lægelementet i begge de foran i § 10 omhandlede former: som meddomsmænd og som jury. De

[9] Jfr. Retst. 1897 p. 201 (At sagen behandles ved meddomsret ikke antaget at udelukke et bevisende skjøn ved andre mænd).

tilfælde, hvor retten er bunden ved et i lovlige former optaget skjøn, har nemlig i virkeligheden fuldstændig en juryafgjørelses karakter. Denne kan være truffen enten allerede før dommen, saa at denne alene har at lægge den til grund, eller den kan træffes efter dommen, idet denne udtrykkelig henskyder en del af sagen (omfanget af en skade, et tab) til et efterfølgende (saakaldt supplerende) skjøn.

III. Vor lovgivnings regler om retsligt syn og skjøn er meget sparsomme; og denne materie har væsentlig udviklet sig ved retsbrugen. Udgangspunktet har, som allerede nævnt, været lovbogens bestemmelser i 1—16. Da disse i ret væsentlige punkter afviger fra den tilsvarende artikel i den danske lov, har retsudviklingen her været mere forskjellig i de to lande end paa andre punkter af bevislæren [10].

§ 117.

SKJØNSMÆNDENE [1].

I. Naar parterne er enige om, hvilke skjønsmænd de ønsker benyttede, og disse er villige til at forrette, er en særskilt opnævnelse overflødig (l. 28 aug. 1854 § 22). Skjønsmændene møder da uden videre til den berammede forretning.

Er derimod parterne ikke enige eller de mænd, hvorom de er enige, ikke villige til at forrette, maa skjønsmændene offentlig opnævnes efter de i det følgende fremstillede regler.

II. Skjønsmændene skal regelmæssig tages af et udvalg, der efter l. 28 aug. 1854 § 18 jfr. l. 29 marts 1890

[10] Jfr. Schweigaard § 119.

[1] For kortheds skyld bruges i det følgende udtrykket skjønsmænd som fælles betegnelse baade for de egentlige skjønsmænd i snevrere forstand og for synsmænd. — Jfr. med nærværende paragraf Schweigaard § 123.

dannes for hvert tinglag paa følgende maade[*]: I de samme aar, i hvilke lagrette- og domsmænd efter strpl. § 34 skal udvælges, tages der af samme mandtal først et udvalg af retsvidner overensstemmende med reglerne i l. 1854 § 5 (jfr. l. 29 marts 1890) og derefter af dette et særskilt udvalg for hvert tinglag og hver kjøbstad af mindst 18 og høist 72 mænd, der ansees mest skikkede til at gjøre tjeneste ved de her omhandlede forretninger. Udvalget foretages af formandskabet i forbindelse med, paa landet og i ladestederne lensmanden og i kjøbstæderne magistraten og byfogden. Henhører flere formandskabsdistrikter til et tinglag, sammentræder samtlige formænd og lensmænd for at bestemme, hvor stort antallet for det hele tinglag skal være, samt hvorledes dette antal skal fordeles mellem de enkelte formandskabsdistrikter. Udvalget gjælder for to aar.

Undtagelsesvis kan skjønsmænd tages ogsaa udenfor dette udvalg, nemlig efter l. 1854 § 23, naar teknisk eller anden særegen kyndighed udfordres til vedkommende forretning. Isaafald kan der tages mænd, som har fyldt sit 25de aar og er bekjendte for retskaffenhed og kyndighed i det fag, hvorunder den gjenstand hører, om hvilken der handles. Ogsaa i det i § 25 nævnte tilfælde (se nedenfor) kan udvalget forbigaaes. Efter l. om vaarsildfiskerierne af 24 septbr. 1851 § 28 opnævnes mændene af dommeren blandt den fiskende almue.

For de skjøn, der omhandles i vasdragsloven 1 juli 1887, kan der istandbringes særskilte udvalg efter denne lovs § 62.

III. Opnævnelsen af dem, der har at forrette som skjønsmænd i den enkelte sag, sker efter følgende regler:

1) Opnævnelsen foretages nu regelmæssig af fogden eller byfogden; jfr. l. 1854 § 19 (N. L. 1—16).

Fogedembederne skal imidlertid efter l. 21 juli 1894 nedlægges, og fra den tid, denne nedlæggelse er iværksat, skal mændsopnævnelse efter den anførte lovs §§ 3 og 4, begges litra a, foretages af sorenskriveren.

[*] Jfr. § 4, II. Reglerne for udtagelse af skjønsmænd er de samme som for udtagelse af domsmænd til civile meddomsretter, jfr. foran p. 191.

Hvor nogen skjønsmand ikke kan deltage i forretningen, og ingen opnævnt suppleant haves, kan forretningens bestyrer efter vedkommende parts begjæring opnævne det fornødne antal mænd (§ 25)[3].

2) Mændene skal fortrinsvis tages fra udvalget for det tinglag eller den kjøbstad, hvor forretningen skal holdes[4]. En undtagelse gjælder for de skjøn, der omhandles i vasdragsloven 1 juli 1887, idet fogden her ikke er bunden ved tinglaget (§ 62). Gives der ikke inden tinglaget eller kjøbstaden det fornødne antal mænd med den særegne kyndighed, som til forretningen udfordres, eller er vedkommende tinglag eller kjøbstad, som kommune betragtet, saaledes interesseret i sagen, at sammes indvaanere ikke lovlig kan deltage i forretningen, sker opnævnelsen fra det nærmeste sted, hvor saadanne mænd findes (se l. 1854 § 23, 3dje p. jfr. § 24). Dersom den eller de tingkredse, hvorfra mænd saaledes maa søges, ikke hører til den paa skjønsforretningens sted opnævnelsesberettigede embedsmands distrikt, skal denne foranstalte den fornødne opnævnelse ved desangaaende at henvende sig til den embedsmand, der har opnævnelsesmyndighed paa det sted, hvor mændene bor (jfr. l. 1854 § 23, sidste p.).

3) Efter N. L. 1—4—1 skulde modparten stevnes til mændsopnævnelsen, en forskrift, der stod i forbindelse med den danske lovbogs regel om, at mændsopnævnelsen udgik fra retten, og som man ansaa uanvendelig i Norge, hvor denne opnævnelse havde en administrativ karakter. Til gjengjæld foreskriver l. 28 aug. 1854 § 20, at den, der ønsker mænd opnævnte til nogen retshandling, hvortil varsel kræves[5], har for vedkommende embedsmand at godtgjøre, at stevningen til retshandlingen eller den skriftlige begjæring om mændsopnævnelse, i hvilken sagens gjenstand bør være betegnet, er modparten forkyndt; og

[3] Se ogsaa den nysanførte l. 24 septbr. 1851 § 28.

[4] Jfr. Retst. 1902 p. 305, hvor et skjøn negtedes fremme, fordi skjønsmændene for en del var tagne udenfor vedkommende kjøbstad, uden at grunden var den i l. 1854 § 23, 3dje p. omhandlede.

[5] Om, naar dette er tilfældet ved skjønsforretninger, se følgende paragraf.

opnævnelsen maa, med mindre modparten giver sit samtykke dertil, ikke foregaa, førend der siden forkyndelsen er forløben halv saa lang tid, som den for tilfældet lovbestemte varselsfrist, i ethvert fald mindst 24 timer. Skal mændene begjæres fra et fremmed distrikt efter § 23, maa den i dette lovsted omhandlede henvendelse desangaaende ikke ske før udløbet af den nævnte tidsfrist.

Naar der fra begge parter udgaar begjæring om opnævnelse af mænd til samme forretning, kommer bestemmelsen i § 20 ikke til anvendelse (§ 21).

Er der i et saadant tilfælde allerede efter begjæring af den ene part opnævnt mænd, bliver de samme mænd at opnævne for den anden part, saafremt ogsaa denne forlanger opnævnelse til den samme forretning (§ 21).

Parterne har iøvrigt adgang til for den myndighed, der opnævner skjønsmændene, at gjøre mundtlige eller skriftlige forestillinger (jfr. l. 1854 § 23 i. f.).

Fogden maa enten af egen drift eller efter foranledning af parterne kunne omgjøre sin beslutning og opnævne en anden skjønsmand i den tidligere opnævntes sted, naar dette kun sker, inden den sidstnævnte har begyndt at forrette[6].

Er parterne misfornøiet med den af fogden foretagne opnævnelse, kan denne paaklages for vedkommende dommer (jfr. l. 29 juni 1888). Ved dette sidste udtryk maa forstaaes den dommer, der bestyrer skjønsforretningen. Klagen, der kan bygges ikke blot paa, at opnævnelsen er i strid med loven, men ogsaa paa, at den opnævnte er uskikket til hvervet, maa ske senest ved denne forretnings begyndelse. Modparten maa gives anledning til at udtale sig, hvilket kan ske ved en meddelelse til ham om, at klage vil fremkomme. Afgjørelsen sker ved begrundet kjendelse, der har endelig virkning (ikke kan paaankes og heller ikke omgjøres), undtagen forsaavidt den angaar en skjønsmands habilitet (jfr. nedenfor). Selve afgjørelsen gaar ud paa en forkastelse af den opnævnte skjønsmand; den kan ikke sætte nogen ny i hans sted, med mindre

[6] Jfr. Schweigaard I p. 600.

der ikke kan skaffes nogen opnævnt suppleant tilstede, i hvilket fald den almindelige regel i l. 1854 § 25 kommer til anvendelse (jfr. ovenfor).

Fra den tid af, da mændsopnævnelse overensstemmende med l. 21 juli 1894 § 3 a er gaaet over til sorenskriverne, maa det vistnok antages, at den heromhandlede adgang til paaklage af mændsopnævnelse bortfalder. Ti det vil da i de fleste tilfælde være den samme embedsmand, der opnævner skjønsmændene og bestyrer forretningen, og i de undtagelsestilfælde, hvor l. 1854 § 23 kommer til anvendelse, vil det ikke være naturligt, at den ene af to sideordnede judicielle embedsmænd skal bedømme den andens handling. Mændsopnævnelse vil saaledes fra denne tid blive upaaankelig, undtagen hvor den angaar habilitetsspørgsmaal. Derimod er der vistnok ikke grund til iøvrigt at antage mændsopnævnelsens karakter af en administrativ handling forandret ved dens overførelse til sorenskriverne; og disse maa derfor kunne omgjøre sin opnævnelse paa samme maade som nu fogderne.

IV. I henseende til udelukkelsesgrunde (inhabilitetsgrunde) for skjønsmænd maa der skjelnes mellem a) almindelige, der overhovedet udelukker vedkommende fra at komme i betragtning som skjønsmand, og b) de særlige, der hindrer ham fra at forrette i den enkelte sag.

Ad a) De almindelige udelukkelsesgrunde bliver at tage i betragtning allerede ved udarbeidelsen af mandtallet; og da dette efter l. 29 marts 1890 § 2 skal være det samme som mandtallet over lagrette- og domsmænd i straffesager, bliver her de samme udelukkelsesgrunde gjældende som efter strpl. §§ 36 og 37 (jfr. strpl. § 41, der altsaa har afløst l. 1854 § 2).[7]

Efter l. 1854 § 23, 2det p. skal visse udelukkelsesgrunde ophøre at virke i sager, hvor teknisk eller anden særegen kyndighed udfordres. Dette gjælder udelukkelse, der beror paa stillingen som militær befalingsmand, retsskriver og polititjenestemand.[8]

[7] Se herom Forelæsningerne over straffeproces § 25.

[8] De øvrige i l. 1854 § 23 nævnte stillinger begrunder kun fritagelse og omhandles derfor nedenfor.

Ad b) De særlige udelukkelsesgrunde, der bliver at tage i betragtning ved opnævnelsen, findes omhandlede i l. 1854 § 32, som bestemmer, at den, der staar i saadant forhold til parterne og sagen, at han som dommer maatte have veget sæde, ikke kan gjøre tjeneste som skjønsmand.[9]

Er en inhabil skjønsmand valgt, bliver han ikke at opnævne. Er opnævnelse foretaget, uagtet der forelaa en almindelig eller speciel inhabilitetsgrund, kan den tilsidesættes. Et skjøn, hvori en saadan har deltaget, er ugyldigt og kan omstødes ved appel. Det sidste gjælder ogsaa en kjendelse, hvorved paastand om en inhabilitetsgrunds tilstedeværelse forkastes.

V. Den, der er opnævnt til at forrette som skjønsmand, er pligtig at overtage hvervet, med mindre han enten a) har lovligt forfald (jfr. § 28), i hvilken henseende maa gjælde det samme som for vidner,[10] eller b) har nogen fritagelsesgrund. I denne henseende skal efter l. 29 marts 1890 § 3 det samme gjælde for skjønsmænd, som efter strpl. § 38 gjælder for lagrette- og domsmænd. L. 1854 § 23 bestemmer, at stillingen som læge eller fast lods ikke skal fritage for opnævnelse, naar der kræves teknisk eller anden særegen kyndighed til nogen forretning;[11] og denne bestemmelse kan ikke antages at være berørt af l. 1890.

Pligtens opfyldelse fremtvinges ved straf af bøder (l. 1854 § 35 jfr. l. om den borgerl. str.l.s ikrafttræden 22 mai 1902 § 7). Denne straf, om hvis gjentagne anvendelse maa gjælde det samme som om falsmaalsbøder,[12] rammer: 1) Udeblivelse fra forretningen. 2) Vægring ved

[9] Jfr. foran § 37, jfr. ogsaa l. 1854 § 24 og til belysning Retst. 1893 p. 725 samt særlig om inhabilitet af den i l. 1854 § 24 omhandlede art: Retst. 1839 p. 570—4; 1845 p. 8—15; 1853 p. 751 ff.; 1872 p. 617; 1873 p. 570; 1878 p. 71; Hambro Byretsdomme nr.ne 2329 og 2330; Schweigaard I p. 599.

[10] Jfr. foran p. 530.

[11] Paragrafen nævner ogsaa apotekere, men denne stilling begrunder efter l. 1890 § 3 jfr. strpl. § 38 overhovedet ikke længer nogen fritagelsesgrund.

[12] Se foran p. 530.

at besvare de spørgsmaal, der forelægges skjønsmændene, uagtet de er af den art, at de efter de foreliggende oplysninger maa antages at kunne besvares. I denne henseende bemærkes, at der ikke antages at bestaa nogen pligt til at foretage kemiske eller fysiske analyser eller lignende indviklede undersøgelser, der ikke kan foretages i selve retsmødet.[13] 3) Undladelse af at give betimelig meddelelse om forfald, uagtet dette var muligt. — Bøderne kan ilægges af forretningens bestyrer, hvis han har domsmyndighed, og sagen er tilstrækkelig oplyst. Ellers anmeldes sagen for paatalemyndigheden (jfr. l. 1854 § 36).

Udførelsen af skjønsmændenes hverv er ikke som vidnernes gratuit. Godtgjørelsen bestemmes efter l. 1854 § 37.

VI. Antallet af skjønsmænd er i de tilfælde, hvor skjønnet tilsigter bevis i en retstvist (derunder indbefattet de saakaldte supplerende skjøn), fire (se reskr. 20 septbr. 1799).[14] En undtagelse danner skjøn, der staar i forbindelse med nogen retssag under vaarsildfiskerierne, hvor antallet efter l. 24 sept. 1851 § 28 kun er tvende.

Da, som allerede før bemærket, tilstedeværelsen af det lovbestemte antal er ueftergivelig betingelse for, at skjønnet overhovedet kan fremmes, maa der sørges for suppleanter for det tilfælde, at nogen skjønsmand udebliver, har forfald eller paa anden maade hindres fra at forrette.[15] I almindelighed opnævnes der ligesaa mange suppleanter som skjønsmænd. Mangler der suppleant, kommer den før omhandlede regel i l. 1854 § 25 til anvendelse.

Til afgjørelse af udfaldet, naar stemmerne staar lige, skal der efter l. 1854 § 27 ved forretningens begyndelse af mændene vælges en opmand, hvis stemme skal gjøre udslaget. Er stemmerne ogsaa ved dette valg lige, bestemmes det ved lodtrækning, hvilken af dem, der har faaet stemmer, denne myndighed skal tilkomme.

[13] Jfr. Schweigaard I. p. 604.

[14] Jfr. Schweigaard I p. 600 ff., hvoraf det sees, at denne sætning har fremkaldt tvivl. Om skjøn, der ikke staar i forbindelse med nogen retssag, se nedenfor § 122.

[15] Jfr. forudsætningen i l. 1854 § 25; Schweigaard I p. 605, nederst.

VII. Skjønsmænd aflægger ikke som vidner ny ed for hver sag, hvori de afgiver skjøn, men edfæstes en gang for alle den første gang, de medvirker ved en rettergangshandling, være sig som retsvidne, meddomsmand i civil sag[16] eller skjønsmand (se l. 1854 § 30). Om edsformen gjælder efter l. 10 mai 1893 tilsvarende regler som for vidner.

§ 118.

DE FOR SKJØNSFORRETNINGEN GJÆLDENDE RETTERGANGS-REGLER.[1]

Paa samme maade som en vidneførsel kan ogsaa et syn eller skjøn dels optages for selve den i hovedsagen dømmende ret og i forbindelse med hovedforhandlingen for denne, dels fremtræde som en særegen, i og for sig afsluttet forretning. Det sidste vil altid være tilfældet, hvor skjønnet overhovedet ikke staar i forbindelse med nogen domssag. Fra disse tilfælde sees imidlertid foreløbig i denne fremstilling bort, idet derom vil blive talt i en særskilt paragraf. Ogsaa hvor synet eller skjønnet optages til brug for en domssag, kan nødvendigheden af at gjøre en særskilt forretning deraf bero dels paa, at det maa optages inden en anden jurisdiktion end den, hvor hovedsagen føres, dels paa, at skjønnets gjenstand, selv hvor den findes inden hovedsagens retskreds, dog ikke kan medbringes til tinget og derfor gjør det nødvendigt, at skjønnet fremmes ved en extraret.

Hvor ingen saadanne forholde som de sidst nævnte gjør sig gjældende, vil parterne kunne lade skjønsmændene tilsige til møde paa den ordinære tingdag, til hvilken hovedsagen er udsat, og der under dommerens ledelse lade dem afgive sit skjøn.[2]

Skal der holdes en særskilt forretning, maa parten

[16] Edfæstelse som doms- eller lagrettemand i straffesag kommer derimod ikke i betragtning.

[1] Jfr. Schweigaard §§ 122, 124 og 126.

[2] Jfr. Retst. 1859 p. 47 ff.; Schweigaard I p. 592.

paa forhaand henvende sig til vedkommende dommer for at faa tid og sted for skjønnet berammet.[3]

Som før bemærket, kan der fremkomme en særegen forretning af skjønnet derved, at det afholdes efter dommen, idet denne giver anvisning paa bestemmelsen af et erstatningsbeløb ved skjøn (supplerende skjøn). Det staar imidlertid i alle tilfælde parterne frit at lade skjøn angaaende et saadant spørgsmaal optage under selve sagen, uden at det kommer i betragtning, at forretningen maaske kan blive betydningsløs, fordi dens forudsætninger ikke ved dommen findes fyldestgjørende, hvilket kan lede til, at denne maa give anvisning paa nyt skjøn.[4]

Iøvrigt mærkes om de enkelte regler for skjønnets fremme følgende:

1) Om skjønnets forhold til forligsmæglingen i hovedsagen gjælder i enhver henseende det samme som om vidneførselen.[5]

2) Sjønnets værneting[6] er givet af sig selv, hvor det angaar fast eiendom. Angaar det løsøre, er hovedregelen, at det bliver at fremme inden den jurisdiktion, hvor løsøret befinder sig. Hvis imidlertid dette er af ringe omfang og med lethed kan bringes tilstede i retten (f. ex. dokumenter, smykkesager af guld eller ædle stene o. lign.), bør det antages, at skjønnet af modparten kan kræves fremmet ved hovedsagens ret.[7]

Hvor skjønnet ikke knytter sig til nogen bestemt gjenstand, er det klart, at hovedsagens værneting er det be-

[3] Jfr. Schweigaard I p. 593—4.

[4] Jfr. Schweigaard I p. 585; Retst. 1875 p. 161. Er det under sagen optagne skjøn appelleret til overskjøn, uden at dette er afsluttet, naar dom afsiges, synes denne ikke at burde give anvisning paa nyt skjøn, men at henvise til overskjønnet; jfr. bemærkningerne i Retst. 1898 p. 541.

[5] Jfr. forl.l. 1824 §§ 34 og 37, foran p. 115—6 og 531. Jfr. Ugebl. f. lovk. III p. 383.

[6] Jfr. Schweigaard I p. 591—2; Joh.s Bergh i Ugebl. f. lovk. I p. 121 ff.; Retst. 1900 p. 49.

[7] Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2333.

stemmende; og her maa retten *ex officio* negte at fremme et skjøn, der tilstevnes ved nogen anden domstol, uden at det kan komme i betragtning, om mændene efter l. 1854 § 23 maa tages fra en anden jurisdiktion.

Angaar skjønnet en person, maa det fremmes ved dennes værneting.[8] Hvis det er skjønscitanten selv, om hvis person der er tale, maa han dog kunne vælge hovedsagens værneting.

3) Med hensyn til nødvendigheden af varsel til modparten gjælder for skjøn det samme som for vidneførsel (se N. L. 1—4—1, søf.l. 20 juli 1893 § 319, l. om handelssager 20 decbr. 1902 § 13).[9] Dog bemærkes, at l. 4 juni 1892 § 41 ikke finder anvendelse paa skjønsforretninger, og at derfor indstevnte, naar han vil optage skjøn, maa varsle sagsøgeren.

I alle tilfælde, hvor varsel udfordres, maa de, der ønsker mænd opnævnte, før dette kan ske, for vedkommende embedsmand godtgjøre, at enten stevningen til retshandlingen eller den skriftlige begjæring om mændsopnævnelse, hvori sagens gjenstand bør være betegnet, er modparten forkyndt (l. 1854 § 20). Iøvrigt behøver begjæringen ikke at være skriftlig affattet, naar den er bilagt med stevningen i forkyndt stand.

Naar mændene er opnævnte, har skjønnets rekvirent at besørge dem tilsagte, hvilket kan udføres af hvemsomhelst; men bekvemmest sker det til sikrelse af beviset for tilsigelsen ved stevnevidnerne.[10] Skjønsmændene har krav paa de i l. 1854 § 34 angivne varselsfrister.

4) Udebliver nogen af parterne fra skjønsforretningen, har dette samme virkning som udeblivelse fra vidneførsel.[11]

5) Skjønnet fremmes ved, at der forelægges mændene

[8] Jfr. Retst. 1867 p. 711—12; Ugebl. f. lovk. I p. 127 og VII p. 193.

[9] Se foran § 112; Retst. 1900 p. 352. — Vedtagelser med hensyn til varsel og forkyndelsesmaade, der har fundet sted for hovedsagen, antages ogsaa at gjælde et efterfølgende skjøn, med mindre noget modsat skjønnes at have været ment; Retst. 1900 p. 49.

[10] Jfr. Schweigaard I. p. 596, nederst.

[11] Jfr. foran p. 537—8.

a) de spørgsmaal, der ønskes besvarede af dem, og b) det materiale, der er fornødent hertil.

Ad a) Ved det saakaldte supplerende skjøn er de spørgsmaal, der skal forelægges mændene, givne ved dommen. Hvad der her spørges om, er, som før bemærket, værdsættelsen af en skade eller et tab, fremkaldt ved de i dommen nærmere angivne aarsager. Ved skjøn, der optages under sagens gang, afhænger det af den part, der har begjært skjønnet, hvilke spørgsmaal der skal forelægges mændene. Modparten har ingen ret til at stille selvstændige spørgsmaal, med mindre han fra sin side har begjært mændsopnævnelse til samme forretning (jfr. l. 1854 § 21), ligesom modstevning efter de foran fremstillede regler er fornøden.

Lovgivningen opstiller ikke her som ved vidneførsel krav paa, at spørgsmaalene skal fremsættes i et særskilt skrift; og der er derfor intet til hinder for, at de fremsættes ved en tilførsel til retsbogen.

Ad b) Hvilket materiale der her kommer i betragtning, vil fremgaa af følgende paragraf Den procedyre og bevisførsel, hvortil dette materiales tilveiebringelse kan give anledning, følger de almindelige regler.[12]

§ 119.

FORTSÆTTELSE. OM SKJØNSMÆNDENES UDTALELSER OG OM FORHOLDET MELLEM DEN ADMINISTRERENDE DOMMER OG SKJØNSMÆNDENE SAMT MELLEM DISSES AFGJØRELSER OG PARTERNES FREMSTILLINGER.[1]

I. Skjønsmændenes udtalelser vil have sin forudsætning: 1) i visse kjendsgjerninger (den gjenstand, hvortil de knytter sig, og dennes egenskaber, en debitors forsinkelse med at opfylde sine forpligtelser, en indtraadt oversvømmelse ell. lign.), 2) i visse retssætninger, hvis anvendelse faar betydning for skjønsresultatet (spørgsmaalet, om

[12] Jfr. Schweigaard I p. 606—7.
[1] Jfr. Schweigaard § 125.

priserne paa opfyldelsestiden eller leveringstiden, paa sælgerens eller kjøberens plads skal lægges til grund, om kun direkte skade eller ogsaa *lucrum cessans* kan kræves erstattet, om det juridiske aarsagsforhold er at bestemme anderledes end det rent fysiske o. s. v.) samt 3) i visse almindelige erfaringer og kundskaber, hvorpaa evnen til at afgive skjønnet beror (varekundskab, kjendskab til priser, tekniske og videnskabelige kundskaber o. s. v.). Disse sidste er det aabenbart skjønsmændenes egen sag at skaffe sig; og de udtalelser eller oplysninger, som parterne i saa henseende maatte føle sig opfordrede til, og som de ogsaa har adgang til at fremkomme med, kan alene have veiledende betydning. Heller ikke har her dommeren nogensomhelst indflydelse paa skjønnets forudsætninger.

Hvad det faktiske og retslige grundlag for dette angaar, stiller forholdet sig forskjelligt, eftersom skjønnet a) optages efter dommen i henhold til anvisning i denne eller b) under sagens gang.

Ad a) Ved det supplerende skjøn afhænger det af dommen, hvad der skal være det faktiske og retslige grundlag for skjønnet. Dette har at følge de retsgrundsætninger, hvorpaa dommen bygger, ligesom det er knyttet til de kjendsgjerninger, som denne angaar. Ofte vil imidlertid dommen i denne henseende efterlade tvivl om, hvad den har ment, eller den har med hensigt eller af uopmærksomhed ladet visse af de faktiske eller retslige forudsætninger for skjønnet uafgjorte. Den har f. ex. ikke udtrykkelig udtalt sig om, hvilken tids eller hvilket steds priser skal lægges til grund, eller ikke bestemt, hvor stor faktisk udstrækning den skade havde, for hvilken erstatning efter skjøn er tilkjendt.[2] Isaafald er det nødvendig betingelse for skjønnets afgivelse, at disse forudsætninger fastslaaes; og denne afgjørelse tilligger ikke skjønsmændene, men den dommer, der bestyrer skjønsforretningen. Forsaavidt det faktiske grundlag for skjønnet

[2] Jfr. saaledes Retst. 1892 p. 129 (dom, lydende paa erstatning efter skjøn for ulovligt laxefiske, givet, uagtet det ikke var oplyst, hvor meget der var opfisket); jfr. ogsaa Retst. s. a. p. 415 og 1859 p. 307 ff.

angaar, maa imidlertid her som overalt denne afgjørelse bygges paa det bevismateriale, som parterne tilveiebringer. Den part, i hvis interesse skjønnet fremmes, vil derfor have for skjønsretten at føre de fornødne vidner eller fremlægge de fornødne skriftlige beviser (jævnlig vil der her blive spørgsmaal om tingsvidne- og andre retsakter). Tilveiebringes ikke disse beviser, vil han overhovedet ikke kunne faa skjønnet afgivet. Mændene vil — i modsætning til, hvad der gjælder for domstolene — kunne vise sagen fra sig med et: *non liquet.*

Det supplerende skjøn vil altid have til formaal at bestemme omfanget af en skade. Derimod forudsættes det, som paavist foran p. 455—6, at beviset for den kjendsgjerning, at skade overhovedet er lidt, er ført for retten, der, hvis saadant bevis ikke foreligger, ikke skal give anvisning paa skjøn. Imidlertid er det klart, at der paa dette punkt er mulighed for en forskjellig opfatning. Og finder skjønsmændene, at der overhovedet ikke lader sig paavise nogen skade, er forudsætningen for overhovedet at afgive noget skjøn for dem ikke tilstede; og de kan derfor ikke være bundne ved rettens afvigende antagelse.[3]

Ad b) Ved de skjøn, der afgives under retssagens gang, beror det paa den part, der har forlangt skjønnet, hvilke retslige og faktiske forudsætninger der skal lægges til grund for det, hvorved det dog forstaar sig, at skjønsmændene kan vægre sig for at afgive skjøn paa grundlag af ganske urimelige og utænkelige forudsætninger.

At parterne har den her angivne adgang til at bestemme skjønnets forudsætninger, beror paa, at det er parten, der skal benytte skjønnet til bevis for sine paastande, og at det derfor maa være ham, som faar bedømme, hvorledes det bedst tjener dette formaal. Griber han feil heri, vil følgerne gaa ud over ham selv, idet skjønnet isaafald ikke vil kunne bruges som grundlag for dommen.[4]

[3] Jfr. Retst. 1896 p. 545; 1899 p. 182.

[4] Jfr. Ugebl. for lovk. I p. 336 og Retst. 1882 p. 38 ff. (skjøn med urigtigt faktisk grundlag); 1865 p. 795; 1889 p. 469; 1899 p. 24 (skjøn med urigtige juridiske forudsætninger).

Først ved denne bliver det nemlig afgjort, hvilke faktiske og retslige forudsætninger der i det hele skal lægges til grund for sagens afgjørelse. Dommeren i hovedsagen afgiver ikke paa forhaand til brug for et skjøn, der agtes optaget som bevis under sagen, nogen udtalelse om sin opfatning af disse forudsætninger; og endnu mindre kan den dommer, der bestyrer skjønsforretningen, foregribe hoveddommerens afgjørelse ved en saadan udtalelse.

Heri ligger, at skjønnets rekvirent maa have adgang til at forberede sagen for ethvert muligt domsudfald. Han maa derfor kunne kræve, at skjønnet afgives alternativt,[5] forsaavidt der kan være tale om flere forskjellige faktiske eller retslige forudsætninger, ligesom det maa afhænge af hans forlangende, hvor specificeret skjønnet skal afgives, f. ex. naar der er tale om flere poster i et erstatningskrav.

II. Det vil allerede af det foregaaende sees, at der kan opstaa vanskeligheder, naar spørgsmaalet om skjønnets retslige eller faktiske forudsætninger ikke har været vakt før dets afgivelse.[6] Det vilde derfor være ganske nyttigt, om skjønnet ledsagedes af præmisser, hvori redegjordes for dets forudsætninger. En saadan fordring kan imidlertid ikke i almindelighed stilles til skjønsmændene, der regelmæssig ikke er jurister eller iøvrigt vil besidde forudsætningerne for at udtale sig om maaske vanskelige retsspørgsmaal. Derimod synes parterne at maatte kunne forlange af skjønsmændene en enkel bekræftelse eller benegtelse af spørgsmaalet, om en bestemt retslig eller faktisk forudsætning er lagt til grund.[7]

Det maa ogsaa antages, at der er adgang til bagefter at indhente skjønsmændenes udtalelse herom, hvilken da rettest bliver at afgive som vidneprov.[8]

[5] Se Retst. 1888 p. 774 ff. (især p. 778 øverst) jfr. 1844 p. 251—69.

[6] Jfr. iøvrigt mere herom i næste paragraf.

[7] Jfr. Schweigaard I p. 617—8; Retst. 1875 p. 823 ff. (især p. 826 øverst); 1898 p. 1 ff. — At skjønsmændene altid, om de ønsker det, har adgang til at redegjøre for sine grunde, kan ikke være tvivlsomt; se Hambro Byretsdomme nr. 2332.

[8] Se Retst. 1876 p. 587 (Hambro l. c. nr. 2342) jfr. 1847 p. 265 ff.; Hambro l. c. nr. 2343—6; Schweigaard I p. 623.

III. Efter N. L. 1—16 skulde dommeren deltage med de opnævnte skjønsmænd i selve skjønnet. Denne regel, der maa erkjendes at være den naturlige, naar skjønnet skal være bindende for dommeren, blev imidlertid — sandsynligvis under indflydelse af den adgang, som aabnedes til optagelse af overskjøn (se følgende paragraf) — i retsbrugen fravegen, selv for de tilfælde, hvor skjønsmændene i henhold til N. L. 1—7—1 tillige var meddomsmænd; og den nu praktisk gjældende hovedregel, der ogsaa forudsættes i lovgivningen (jfr. navnlig l. 28 aug. 1854 § 19), er den, at kun skjønsmændene deltager i skjønnets afgivelse.[9] Dommeren har i de regelmæssige tilfælde ligeoverfor skjønsmændenes udtalelse væsentlig den samme opgave som ligeoverfor vidneforklaringer: At forebygge misforstaaelser og modsigelser samt medvirke ved skjønnets skriftlige redaktion, forsaavidt skjønsmændene ikke selv har givet sin udtalelse en saadan form, at den direkte kan nedtegnes i retsbogen.[10]

Undtagelse fra regelen om dommerens stilling til skjøn gjælder efter den nyere lovgivning for en række særretter, der ved siden af en fast dommer beklædes af lægmænd med visse faglige indsigter (søretter, handelsretter, haandværksretter, udskiftningsretter).[11]

§ 120.

OM VIRKNINGERNE AF FEIL VED SKJØNSFORRETNINGEN SAMT OM PAAANKE (SÆRLIG OVERSKJØN).[1]

I. Feil ved skjønsforretningen, der bestaar deri, at mændene har været inhabile, eller at de for skjønnet

[9] Jfr. nærmere Schweigaard I p. 608—611.

[10] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 619—20.

[11] Se søf.l. 20 juli 1893 § 312 (jfr. § 329); l. 20 decbr. 1902 § 1 (jfr. § 14); l. 15 juni 1881 § 21 (jfr. § 26); l. 13 marts 1882 § 11. Ved fiskemeddomsretterne udføres skjøn, der staar i forbindelse med en for disse indbragt sag, af meddomsmændene alene; se l. 26 juni 1893 nr. 5 § 37; l. 3 aug. 1897 nr. 4 og nr. 8, begges § 44; l. 6 aug. 1897 nr. 4 § 44.

[1] Se Schweigaard § 128 jfr. § 127.

gjældende rettergangsformer ikke har været overholdte, bliver at bedømme paa samme maade som de tilsvarende feil ved en vidneførsel.[2] Den dommer, der bestyrer skjønsforretningen, har paa embeds vegne at paase de absolute procesforudsætningers tilstedeværelse og efter paastand af parterne at paakjende spørgsmaalet om, hvorvidt nogen relativ procesforudsætning mangler. Disse afgjørelser af dommeren kan paaankes efter de almindelige regler. Er skjønsforretningen fremmet, skjønt den lider af en formel mangel, der begrunder dens ugyldighed, kan den paaankes til overordnet ret. Derimod kan dommeren i hovedsagen, saalænge skjønnet er upaaanket, ikke paa grund af rettergangsfeil sætte det ud af betragtning.

II. Noget anderledes bliver forholdet at bedømme, naar feilen ved skjønnet bestaar deri, at det er gaaet ud fra urigtige forudsætninger med hensyn til det faktiske grundlag for samme (f. ex. at det har udtalt sig om gjenstanden *a* istedetfor *b*, i en erstatningsberegning har medtaget for mange eller for faa poster, er gaaet ud fra urigtige forudsætninger med hensyn til en fast eiendoms grænser eller ved bedømmelse af en elvedæmnings virkninger fra en urigtig forudsætning om vandstanden o. s. v.) eller med hensyn til retssætningerne (f. ex. urigtig har udelukket *lucrum cessans* fra erstatningen, lagt priserne paa en vares afsendelsessted til grund i tilfælde, hvor loven fordrer maalestokken hentet fra priserne paa bestemmelsesstedet o. s. v.).[3]

Der maa her skjelnes mellem supplerende skjøn og skjøn, der optages før dom. Ved de sidste maa et skjøn, der lider af en saadan feil — som det vil fremgaa af det i foregaaende paragraf udviklede — uden videre tilsidesættes af dommeren som ubrugbart.[4] Det samme

[2] Jfr. foran § 114.

[3] Jfr. Retst. 1891 p. 541 (skjønnet havde ved bestemmelse af skade, forvoldt ved overtrædelse af l. om beskyttelse af fotografiske billeder 12 mai 1877, urigtig medregnet ikke alene den ved de ulovlig tilvirkede billeders salg, men ogsaa den ved deres udstilling forvoldte skade).

[4] Jfr. Hambro Byretsdomme nr. 2341 jfr. 2339.

vil gjælde, hvis det ikke er tilstrækkelig klart, om skjønnet er gaaet ud fra rigtige eller urigtige forudsætninger af den her omhandlede art.

Er et saadant skjøn lagt til grund for dommen, vil appel af denne være midlet til at faa det urigtige skjøn omstødt. For en særskilt appel af skjønnet paa grundlag af de her omhandlede feil er der ikke plads.

Ved supplerende skjøn er paaanke af skjønnet til overretten det eneste middel til at faa det omstødt paa grund af, at det hviler paa et urigtigt faktisk eller retsligt grundlag.[5] Dette gjælder ogsaa, hvor skjønsmændene selv erkjender, at der foreligger en feil. At et saadant skjøn lader tvivl aaben om, hvorvidt det er bygget paa rigtige forudsætninger, er i og for sig ingen ankegrund; men derimod vil det kunne omstødes, naar det i overensstemmelse med det i foregaaende paragraf udviklede udtrykkelig er forlangt af mændene, at de skal angive de faktiske eller retslige forudsætninger for sit skjøn, og de har undladt at besvare spørgsmaalet herom; ti isaafald foreligger der en rettergangsfeil.[6]

III. Feil ved skjønnet, der staar i forbindelse med de erfaringssætninger, som skjønsmændene selv har at medbringe til sine udtalelser (saasom at det kan godtgjøres ved officielle kursnoteringer, at skjønsmændene har lagt urigtige priser til grund for en værdsættelse) bevirker ikke skjønnets ugyldighed; og alene paa grund af saadanne feil kan det ikke tilsidesættes af retten.[7]

Derimod har den, der er misfornøiet med selve skjønnet, adgang til at foranstalte overskjøn ved det dobbelte antal mænd. Dette retsmiddel er indført og udviklet ved retsbrugen med støtte af enkelte lovbud, der for særlige

[5] Jfr. Schweigaard I p. 623; Retst. 1902 p. 566 (et søretsoverskjøn kjendt uefterretteligt, fordi det var bygget paa forudsætningen om, at der forelaa et bjergningstilfælde, ikke, som af retten antaget, et tilfælde af simpel bistand).

[6] Se den før citerede dom i Retst. 1875 p. 823 ff.; jfr. Retst. 1898 p. 1 ff. — Se forøvrigt om appel af skjøn afsnittet om appel; Andel del p. 34, 48, 77 - 8, 85.

[7] Jfr. forøvrigt følgende paragraf.

anvendelser hjemler det.[8] Paa denne anke til overskjøn er i det væsentlige overført de for appel til overdomstolene gjældende regler.[9] For overskjønnet gjælder de samme regler som for underskjønnet.

Modstykket til den sætning, at adgang til overskjøn staar aaben, er, at adgangen til nyt skjøn om samme gjenstand er lukket. Tilstevnes et saadant — være sig af den part, der havde begjæret det forrige skjøn, eller af modparten —, bliver det at afvise, ganske som en domssag bliver at afvise, naar den angaar en allerede paadømt gjenstand.[10]

Overskjøn er ogsaa anvendeligt i de tilfælde, hvor skjøn er afgivet af en søret (jfr. søf.l. 20 juli 1893 § 329, efter hvilken bestemmelse overskjønsmændenes antal i søretstilfælde er fem), handelsret (l. 22 decbr. 1902 § 14: ligeledes fem overskjønsmænd), haandværksretter (l. 13 marts 1882 § 11: fire mænd), fiskemeddomsretterne (se citaterne i § 119, note 11).[11] Her deltager da dommeren kun som bestyrer i overskjønnet. Om overskjønsmændenes opnævnelse findes reglerne i de anførte lovsteder.

IV. At syn eller skjøn er ufuldstændigt, er en mangel, der kan rettes ved en kontinuationsforretning.[12] For denne gjælder ikke særegne rettergangsregler.

[8] Det ældste og vigtigste af disse er frdn. 14 januar 1771 § 7, der indførte det for odelstaxter. Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 631 ff.

[9] Jfr. iøvrigt afsnittet om appel (Anden del pp. 27 nederst, 56, 58, 65—6, 67, 77, 93).

[10] Hambro l. c. nr.ne 2347 og 2348. Jfr. derimod strpl. § 208.

[11] Jfr. Schweigaard I. p. 611. For visse synsforretninger (markegangs- og aastedsbefaringer) anordner frdn. 11 aug. 1797 § 27 appel til to af amtmanden opnævnte kommissarier. Om denne bestemmelse, der ikke mere sees anvendt i retsbrugen, se nedenfor § 128; Schweigaard I p. 635—6.

[12] Jfr. Schweigaard I p. 623—4.

§ 121.

OM DEN UDSTRÆKNING, I HVILKEN DOMMEREN ER BUNDEN VED SKJØNNETS UDTALELSER.[1]

At det supplerende skjøn ikke kan underkastes nogen anden prøvelse af dets indhold end den, der kan foranstaltes enten ved appel til overretten eller ved et overskjøn, er selvsagt. Det er her ligefrem et stykke af domsafgjørelsen, som ved denne selv er henlagt til andre end dommeren. Spørgsmaalet om dommerens adgang til at øve kritik paa indholdet af et skjøn kan saaledes kun opstaa, hvor dette er optaget under sagens gang. En fri bevisbedømmelse — saaledes som den i nyere europæiske proceslove og nu hos os i straffeprocessen er gjennemført ogsaa for bevis ved sagkyndige — vilde lede til, at dommeren i enhver henseende frit kunde bedømme, hvilken vægt skjønnet efter det konkrete tilfældes beskaffenhed (det foreliggende materiales fuldstændighed, granskningens omhyggelighed, mændenes kyndighed o. s. v.) skulde tillægges, og at derfor parterne havde adgang til at svække skjønnet ved ethvert middel, der var egnet til at lægge dets mangel paa fuld tilforladelighed for dagen. Som allerede den foregaaende fremstilling vil have vist, er dette ikke den gjældende rets standpunkt, idet denne meget mere tillægger et i retslige former optaget skjøn en vis judiciel karakter, der bevirker, at et nyt skjøn ikke kan optages om samme gjenstand, men at prøvelsen af skjønnets rigtighed maa foregaa ved en art appel. En konsekvens af dette standpunkt er det ogsaa, at et endeligt skjøn (d. e. et skjøn, som ikke er bleven paaanket eller ikke mere kan paaankes) inden visse grænser binder dommeren, saaledes at han ved sin dom ikke kan tilsidesætte det, men maa lægge det til grund for denne. Disse grænser for skjønnets bindende virkning skal her nærmere paavises. I denne henseende bemærkes for det første, at en begrænsning allerede fremgaar af, hvad der i det foregaaende er forklaret om skjøn, der hviler paa et urigtigt

[1] Jfr. Schweigaard § 127 jfr. § 120 og især O. Platou i Retst. 1875 p. 761 ff.

faktisk eller retsligt grundlag. Som yderligere betingelser for skjønnets bindende karakter maa opstilles:

1) Skjønnet maa være optaget under den sag, der nu foreligger til afgjørelse; ti dets judicielle virkning maa altid være begrænset ved den anvendelse, der i det enkelte tilfælde gjøres af skjønnet. Er det optaget under en anden sag eller uden forbindelse med nogen domssag, vil det vel ikke være uden al bevisende betydning; men dommerens stilling ligeoverfor det er isaafald den samme, som hans stilling ligeoverfor en vidneførsel, der er foregaaet under en anden sag.[2] Heller ikke kan skjøn, optagne i udlandet, om end til brug for den verserende sag, tillægges bindende virkning i noget tilfælde.[3]

2) Skjønnet er ikke bindende for dommeren, naar det har udtalt sig om spørgsmaal, der a) berører sagens retslige bedømmelse eller b) bevisbedømmelsen eller som c) iøvrigt af lovgivningen udtrykkelig er henlagt under retten.[4]

Ad a) Som forklaret i § 94, V, vil retsanvendelsen i mange tilfælde indeholde rent skjønsmæssige elementer (anvendelse af visse erfaringssætninger). Over disses bedømmelse beholder retten altid det fulde herredømme; og parterne kan ikke vilkaarlig indskrænke dette og fratage dommeren en del af hans opgave ved at lade optage retsligt skjøn. Et saadant kan her, selv i de tilfælde, hvor skjønnet er nødvendigt for at tilveiebringe alle de momenter, der er af betydning for bedømmelsen, alene have veiledende betydning. Et skjøn angaaende en bygmesters forhold ved opførelsen af et bygværk kan alene afgjøre, hvorledes forholdet bliver at bedømme ligeoverfor den inden hans fagkreds raadende opfatning af, hvad der er forsvarlig handlemaade, men kan ikke binde dommeren ved afgjørelsen af spørgsmaalet,om der, retslig seet, foreligger uagtsomhed. Et skjøn om,hvorvidt en ved et vareparti forefunden egenskab er en feil ved samme, kan alene være afgjørende for varens bedømmelse i forhold til de egenskaber, de heromhandlede varer i almindelighed har, men kan ikke binde dommeren

[2] Jfr. foran p. 468 og 557.

[3] Jfr. Retst. 1893 p. 193 ff. At det kan tillægges bevisende betydning se Retst. 1897 p. 485 (jfr. foran § 13, note 21).

[4] Jfr. Schweigaard § 120, nr. 3.

ved afgjørelsen af, om der foreligger en feil i den forstand, hvorpaa det ved opfyldelsen af den specielle kontrakt, hvorom der handles, kommer an.[5]

Ad b) Ganske paa samme maade forholder det sig med bevisbedømmelsen. Denne henligger i sin helhed under dommeren, hvad enten der spørges om det direkte bevis eller indiciebeviset. Dette sidstes bedømmelse vil, som allerede i § 94, V fremhævet, i mange tilfælde forudsætte særlige faglige indsigter. Og dommeren maa derfor ofte, hvor han ikke selv besidder disse, i vid udstrækning støtte sig paa andres udtalelser. Derfor kan et retsligt skjøn her have stor betydning; men dommeren maa altid have adgang til at øve kritik, og det ikke blot, hvor det ved vidner kan godtgjøres, at skjønsmændenes slutninger er urigtige — om hvilket tilfælde mere nedenfor under 3 —, men ogsaa hvor dommeren finder, at en afgjørende besvarelse af de skjønnet forelagte spørgsmaal efter beskaffenheden af det forhaandenværende materiale ikke har været mulig. Dette finder navnlig anvendelse paa de overmaade hyppige tilfælde, hvor et skjøn optages for at udfinde, hvad der har været aarsag til en indtraadt skade. Her er der spørgsmaal om at bedømme visse indiciers vægt; og denne bedømmelse tilkommer dommeren, om han end selvfølgelig, hvor ingen tvivlsgrunde frembyder sig, vil følge et sagkyndigt skjøns udtalelser.[6]

[5] Jfr. ogsaa Retst. 1897 p. 257 (spørgsmaalet, om «usædvanlig og upaaregnelig ulempe» efter naboloven 27 mai 1887 § 15 anseet som et retsspørgsmaal, ved hvis afgjørelse et under sagen optaget skjøn ikke kunde binde dommeren).

[6] Jfr. hermed Retst. 1889 p. 765 (et jernbaneanlæg antaget at være aarsag til en skade, uagtet et skjøn af teknisk kyndige mænd udtalte, at det ikke kunde være tilfældet); til belysning hidsættes endvidere fra forf.s egen praxis følgende tilfælde: I en sag, der var anlagt af kjøberen af et skib mod sælgeren i anledning af feil ved skibet, der var komne tilsyne under en reise over Nordsøen, optoges der fra sælgerens side et skjøn, der alene paa grund af skibsjournalens udvisende udtalte, at de ulemper, der havde været forbundne med den nævnte reise, kun skyldtes storm og veir, ikke feilene. Retten tilsidesatte dette skjøn, fordi den fandt det umuligt for skjønsmændene at udelukke den betydning, som de bevislig tilstedeværende feil ved skibet kunde have havt. — Jfr. ogsaa Retst. 1879 p. 473 ff. (p. 499, 501 og 504—5), hvor der forøvrigt ogsaa

Ad c) Herhen hører i alle sager skjøn over procesomkostningers beløb. Ved de retter, der beklædes af sagkyndige lægmænd (sø-, haandværks- og meddomsretter), hører alle skjøn, hvortil sagen giver anledning, under retten. Optages der i saadanne sager et særeget retsligt skjøn, hvortil adgangen ikke er lukket, saalænge retten ikke har afgivet noget skjøn,[7] har et saadant kun veiledende betydning.

3) For det tredje maa skjønnets virkning naturlig være knyttet til den forudsætning, at dets urigtighed ikke er godtgjort ved et bevis. der efter tilfældets beskaffenhed maa ansees som et bedre bevis med hensyn til vedkommende kjendsgjerning end skjøn.[8] Dette er navnlig af betydning for skjønnets forhold til vidnebeviset og dokumentbeviset. Vidneudtalelser vil altid maatte gives fortrinet, hvor de direkte angaar forhold, som vidnerne selv har iagttaget, medens skjønnet alene kan bygge paa slutninger. Et skjøn, der udtaler sig om en tings indkjøbspris, maa staa tilbage for vidneprov, der kan udtale sig om, hvad der i virkeligheden er givet for varen, ligesom ogsaa for handelsbøger, hvoraf dette fremgaar; et skjøn over et varepartis salgsværdi er et mindre godt bevismiddel end en mæglers bevidnelse af, hvad partiet eller en del af samme virkelig er udbragt til; et skjøn, der betegner en vare som usælgelig, vil afkræftes ved et bevis for, at varen er solgt; et skjøn, der paa grund af de gjenstaaende træstubbers udseende udtaler sig om tiden, paa hvilken træerne er fældede, bliver at tilsidesætte for vidner, som kan forklare, at de selv har fældet træerne til en anden tid; et skjøn, der udtaler, at en bestemt omstændighed har foraarsaget en bestemt skade, maa vige for paalidelige vidner, der selv har seet, at skadens aarsag var en anden.[9]

blev lagt vegt paa, at parterne ikke havde tilsigtet, at skjønnet skulde have nogen bindende karakter.

[7] Se foran p. 563 med note 9.

[8] Jfr. især O. Platou l. c., der har fortjenesten af først teoretisk at have belyst denne sætning.

[9] Se den i note 6 citerede dom i Retst. 1889 p. 765; se derimod om tilfælde, hvor ogsaa vidneprovene kun har en skjønsmæssig karakter, Retst. 1897 p. 417.

Efter omstændighederne vil endog en sagkyndig udtalelse, der ikke er afgivet i form af retsligt skjøn, kunne afkræfte et saadant; saaledes vil et skjøn, der udtaler, at en vare er feilfri, maatte vige for en kemikers erklæring om. at der ved kemisk analyse er paavist fremmede giftige bestanddele i den [10].

Mindst angribelige vil i almindelighed de rene værdsættelser være; men det vil, som det foregaaende viser, være for meget sagt, at der ikke skulde kunne tænkes tilfælde, hvor ogsaa disse kan modbevises ved vidner.

4) Endelig maa man vistnok være berettiget til at opstille som almindelig regel, at skjønnet kan tilsidesættes, hvor det godtgjøres, at skjønsmændene ikke har været i besiddelse af tilstrækkelig kjendskab til skjønsgjenstanden eller tilstrækkelige hjælpemidler til at afgive et paalideligt skjøn [11].

§ 122.

SKJØN, DER IKKE STAAR I FORBINDELSE MED NOGEN DOMSSAG[1].

I en række tilfælde bliver der anvendelse for skjøn. der ikke staar i nogen forbindelse med en domssag. Disse kan henføres til følgende forskjellige klasser:

I. Skjøn forekommer for det første ved andre rettergangsskridt end saadanne, der sigter til erhvervelse af en dom. Herhen hører de skjøn, hvortil der bliver anledning under tvangsfuldbyrdelse (exekution og auktion) og arrest samt under skifte og konkurs, og som vil blive nærmere omhandlede under fremstillingen af disse retsinstituter.

II. Skjøn kan endvidere paa samme maade som en vidneførsel fremmes i det øiemed at bevare eller sikre

[10] Jfr. ogsaa Ugebl. f. lovk. VI p. 138 ff.: et skjøns bedømmelse af et arcals størrelse tilsidesat for en konduktørs karts- og opmaalingsforretning.

[11] Jfr. Retst. 1871 p. 553 ff., hvor et skjøns udtalelser om, at en maskine ikke havde 2 hestekræfter, blev sat ud af betragtning, fordi skjønsmændene ikke havde kjendt alle finesser ved sammensætningen af maskinens indre dele.

[1] Jfr. Schweigaard § 121.

et bevis, uden at der for tiden foreligger eller forestaar nogen proces. Herhen hører f. ex. skjøn og besigtigelser, der optages, naar skade er lidt under en søreise, skjøn, der optages ved modtagelsen af en vareleverance eller ved overleverelsen af et bygværk o. lign. Om disse gjælder i enhver henseende tilsvarende forskrifter som om tingsvidner, der ikke staar i forbindelse med en domssag, saaledes ogsaa i henseende til spørgsmaalet om nødvendigheden af forligsmægling og stevning til interesserede[2].

III. I mange tilfælde bliver der plads for retsligt skjøn til nærmere bestemmelse af et retsforholds indhold, idet et saadant enten a) har den betydning, at det fastsætter betingelserne for en vis rettigheds udøvelse (herhen hører saaledes de tilfælde, hvor retten til expropriation er betinget af skjøn, jfr. l. 10 mai 1860 § 6 og de der anførte lovsteder, ligesom de skjøn, der omhandles i l. om eiendomsrettens begrænsning i naboforhold af 27 mai 1887 §§ 4, 5, 6 og 13 samt i l. om vasdragenes benyttelse af 1 juli 1887 §§ 7, 9, 12, 14, 33 ff. og 49 m. fl., eller b) nærmere bestemmer omfanget af de forpligtelser, der udspringer af retsforholdet (herhen hører navnlig bestemmelsen af erstatningsbeløbet ved tab, der skal bæres af en assurandør, ved expropriation og afløsning af rettigheder (f. ex. skovloven af 22 juni 1863 § 1), ved benyttelse eller ødelæggelse af fremmede ting saasom efter l. om veivæsenet af 15 septbr. 1851 §§ 24, 41, 42 og 77, l. om landslod af 23 mai 1863 § 3, l. om lapperne af 2 juni 1883 §§ 10 og 11, udrederloven 14 mai 1872 § 5 jfr. § 15 jfr. l. 23 april 1887, l. om smitsomme sygdomme blandt husdyr af 14 juli 1894 § 13, samt reglerne for aabod jfr. l. 14 juli 1897 nr. 2 § 35, visse tilfælde af omkostninger paa eller i anledning af en fremmed ting saasom efter l. om husmandsvæsenet af 24 septbr. 1851 § 13 c og d, l. om jords fredning af 16 mai 1860 § 29; ogsaa toldloven 20 septbr. 1845 § 19 og søf.l. 20 juli 1893 § 160 om afstandsfragts bestemmelse hører hid, se ogsaa fiskerilovene af 3 aug. 1897 nr. 4 §§ 28 og 29, nr. 5 § 29

[2] Jfr. søf.l § 319; l. om handelssager 22 decbr. 1902 § 13; Hambro Byretsdomme nr.ne 2338 og 2361. Se foran p. 115—6, 351 og 533 ff.

og 6 aug. s. a. nr. 4 §§ 29 og 30); eller endelig c) i visse tilfælde bestemmer udstrækningen af de enkelte andele i et fællesskab saasom efter l. om skreifiskerierne i Lofoten af 6 aug. 1897 nr. 4 § 20, 2det led, l. om hval af 22 mai 1869 § 7, eller fastsætter afgrænsningen af raadighedssfærer som efter l. om laxefiske af 28 april 1866 § 2, eller grundlaget for en fordeling af visse udredsler, saaledes som ved skattetaxter.

Efter naboloven 27 mai 1887 §§ 4 og 7 er i visse tilfælde afgjørelser, der ellers træffes af et skjøn af uvillige mænd, henlagte under en fast administrativ institution (bygnings- og reguleringskommissioner). Isaafald finder ikke de for skjøn gjældende regler anvendelse. Afgjørelsen bliver at betragte som enhver anden administrativ afgjørelse, hvis retsgyldighed kan prøves af domstolene.

Ogsaa ved en retshandel (f. ex. en selskabs-, en leiekontrakt, o. s. v.) kan visse sider af retsforholdet henskydes under uvillige mænds skjøn, hvorved man vil antage, at der er ment et i retslige former optaget skjøn. Paa saadanne skjøn finder reglerne om voldgift analogisk anvendelse, dog saaledes, at skjønnet ikke er endeligt, men maa kunne underkastes prøvelse ved overskjøn[3]. Nogen pligt til at forrette som skjønsmand bestaar ikke i saadanne tilfælde. Forøvrigt sees i den følgende fremstilling bort fra disse skjøn.

For de i lovgivningen anordnede skjøn af den heromhandlede art kommer i det hele de samme regler til anvendelse som de, der gjælder for skjøn, som staar i forbindelse med en domssag. I det følgende skal her kortelig fremstilles hovedtrækkene i de afvigelser fra de almindelige skjønsregler, der finder sted i de hidhørende tilfælde. Herved vil det være hensigtsmæssigt at samle under ét de regler, der gjælder for skatte- og brandtaxter, hvorfor disse findes omhandlede særskilt under 7).

1) Skjønsmændene tages i enkelte af de hidhørende tilfælde udenfor det sædvanlige udvalg. Saaledes ansættes rorbod- og hjeldleie under fiskerierne i Finmarken i første instans af to af de nærmeste opsynsmænd

[3] Jfr. foran § 25, note 2.

(jfr. l. 13 septbr. 1830 § 30). Skjøn efter lovene om sildefiskerierne af 24 septbr. 1851 § 29 og 26 juni 1893 § 38 og l. om skreifiskerierne i Lofoten 6 aug. 1897 § 20, 2det led afgives af den nærmest tilstedeværende opsynsmand i forening med to af ham blandt den fiskende almue opnævnte mænd. Til skjøn efter fiskerilovene af 3 aug. 1897 nr.ne 4 og 5 § 44, 3dje led og 6 aug. s. a. nr. 4 § 44, 3dje led synes der heller ikke at være nødvendighed for, at mændene tages af noget udvalg. Skjøn efter toldl. 20 septbr. 1845 § 119 afgives af vedkommende toldbetjente, og skjøn efter udrederl. 14 mai 1872 § 5 (jfr. l. 23 april 1887) af afdelingschefen i forening med to af fogden opnævnte mænd. At der for skjønsmænd i vasdragsanliggender kan dannes et særeget udvalg (jfr. l. 1 juli 1887 § 62), er allerede bemærket i § 117. Derhos kan det efter samme lovs § 30, naar omstændighederne gjør det ønskeligt, foreskrives ved den kongelige tilladelse til foranstaltninger af den i lovens tredje kapitel omhandlede art, at skjøn, der foranlediges ved disse, skal udføres ved dertil af kongen særskilt udnævnte mænd. For søretsskjøn, der afgives af søretten som saadan, fremgaar reglerne for skjønsmændenes udtagelse af det foran p. 192—3 om rettens sammensætning forklarede. De mænd, der opnævnes til taxter i anledning af expropriation til jernbaneanlæg efter l. 12 aug. 1848 § 3, behøver ikke at tilhøre noget udvalg. Det samme gjælder mænd, der tilkaldes efter lappelovens § 10. Efter l. om bygningsvæsenet i Bergen af 19 april 1899 § 93 skal til de der omhandlede skjøn mændene tages af et særskilt udvalg af skjønsmænd for bygningsanliggender. Endelig mærkes, at efter l. 28 aug. 1854 § 19, litra a er det i almindelighed ikke nødvendigt at tage skjønsmændene af det særlige skjønsmandsudvalg, naar skjønnet ikke bestyres af dommeren, hvilket ved en række hidhørende skjøn er tilfældet (jfr. nedenfor). I disse tilfælde kan skjønsmændene tages blandt de mandtalsførte retsvidner[4]. Undtagelse danner de i den anførte l. 1854 § 19, c nævnte tilfælde (skjøn efter veiloven 15 septbr. 1851 §§ 24, 41, 42 og 79 og lov om

[4] I almindelighed bruger de hidhørende lovsteder udtrykket «lagrettemænd», jfr. imidlertid strpl. § 494.

husmandsvæsenet 24 septbr. 1851 § 13), samt l. om hval 22 juni 1869 § 7 og l. om vasdragene 1 juli 1887 § 63 (jfr. § 62)[5].

Opnævnelsen af mændene udgaar fra fogden, eller, hvor l. 21 juli 1894 (se foran § 117, III) er sat i kraft, fra sorenskriveren. I enkelte af de tilfælde, hvor forretningen bestyres af en anden tjenestemand end dommeren (fiskeriopsynsmand, lensmand, raadstuskriver), tilkalder denne selv mændene (se saaledes veiloven 15 septbr. 1851 §§ 28, 41 og 77, telegrafloven 31 juli 1854, husmandsloven 24 septbr. 1851 § 13 c, lappeloven 2 juni 1883 § 10, lov om naboforhold 27 mai 1887 § 4, vasdragsloven 1 juli 1887 § 63, loven om smitsomme husdyrsygdomme 14 juli 1894 § 13 samt l. 26 juni 1893 og 6 aug. 1897 nr. 4 § 20, 2det led). Efter de øvrige foran anførte bestemmelser i fiskerilovgivningen sker opnævnelsen af dommeren. Skjønsmænd efter lov om jernbaneanlæg af 12 aug. 1848 § 3 opnævnes af overøvrigheden. Af kongen opnævnes skjønsmænd efter l. om brændevins udskjænkning 24 juli 1894 § 17, 2det led. Efter l. om expropriation af statsbaner 7 juli 1897 § 3 opnævnes halvdelen af skjønsmændene af kongen, medens den anden halvdel vælges af kongen for 3 aar ad gangen. Skjøn efter l. om udskrivning af heste m. v. 27 juli 1896 nr. 10 § 4 er henlagt til en efter særegne regler sammensat vurderingskommission.

Antallet af mænd er i mange af de hidhørende tilfælde indskrænket til tvende, især i de under følgende numer nævnte tilfælde, hvor forretningen bestyres af lensmanden[6]. Efter l. 7 juli 1897 § 3 er antallet 12, efter l. 27 juli 1896 nr. 10 § 4 er antallet 3.

2) At skjønsforretningen skal bestyres af en anden end den almindelige underdommer, er anordnet i en række af de hidhørende tilfælde. Saaledes er dette henlagt til lensmanden ved skjøn efter veiloven 15 septbr. 1851 §§ 28, 41, 42 og 77 jfr. telegrafloven 31 juli 1854, husmandsl. 24

[5] Denne lov har afløst den i l. 1854 § 19 c anførte lov om vandsledning 28 juli 1824.

[6] Se forøvrigt ogsaa l. 13 septbr. 1830 § 30 samt de nedenfor under 2) citerede lovsteder.

septbr. 1851 § 13 c, lov om jords fredning 16 mai 1860 § 41, lov om landslod af 23 mai 1863 § 3, skovloven 22 juni 1863 § 24, lov om fredning af lax af 28 april 1866 § 2, lov om ret til hval af 22 mai 1869 § 7, lappeloven af 2 juni 1883 § 10 (her kan dog amtmanden beskikke en anden), lov om naboforhold 27 mai 1887 § 4, lov om grundafstaaelse til gaardsveie af 7 juli 1890 § 3, lov om folkeskolen paa landet 26 juni 1889 § 79 (om grundafstaaelse til skoletomt m. v.), enkelte af de i vasdragsloven af 1 juli 1887 anordnede skjøn (se dens § 63, hvorimod andre skjøn efter denne lov følger regelen, se § 62), se ogsaa l. 27 juli 1896 nr. 14 § 3 og l. 3 aug. 1897 nr. 10 § 5. Skal de i sidstnævnte lov eller i vasdragslovens § 63 omhandlede skjøn afholdes i kjøbstad, bliver de at bestyre af raadstuskriveren[7]. Skjøn efter l. 14 juli 1894 (om foranstaltninger mod smitsomme husdyrsygdomme) § 13 bestyres af en politiembedsmand (paa landet af lensmanden). Skjøn, der forefalder ved de store fiskerier, bestyres i flere tilfælde, som det af de i foregaaende numer anførte lovsteder vil sees, af vedkommende opsynsmand. Efter l. 7 juli 1897 § 5 opnævnes skjønnets bestyrer af kongen.

I disse tilfælde deltager bestyreren tillige i skjønnet. Det samme gjælder efter l. 14 juli 1894 § 13 og l. om landslod 23 mai 1863 § 3, l. om fredning af lax 28 april 1866 § 2 og l. om ret til hval 22 mai 1869 § 7. Det samme gjælder skjøn efter fiskerilovene af 3 aug. 1897 nr.ne 4 og 5, begges § 44, 3dje led og 6 aug. s. a. nr. 4 § 44, 3dje led samt som ellers ved søretsunderskjøn.

3) Forligsmægling ved forligelseskommissionen kan ikke for de heromhandlede skjøn i noget tilfælde ansees fornøden. For visse skjøn er dette udtrykkelig udtalt i loven; se saaledes l. 24 juli 1894 § 17, 2det led og nabol. 27 mai 1887 § 7. Den sidste benytter udtrykket, at disse skjøn «afgives paa sædvanlig maade af uvillige mænd, dog uden forligsmægling»,

[7] Jfr. om dette embede love af 3 juni 1882 og 17 mai 1890. I de fleste byer udføres dets forretninger af magistraten. Jfr. Getz og Hagerup Udg. af straffeprocesloven anm. 3 til § 41.

og synes derved at forudsætte, at, naar et skjøn afholdes «paa sædvanlig maade», hører forligsmægling med; men denne forudsætning kan ikke være bindende.

Efter l. 10 mai 1860 § 2 skal forretningens bestyrer mægle forlig angaaende de tvistigheder, der bliver at paakjende af ham, men anden forligsmægling skal ikke finde sted. Efter vasdragsl. 1 juli 1887 § 63 jfr. §§ 7, 9, 32—35, 38 og 64 skal ved de der omhandlede skjøn (derimod ikke ved andre skjøn efter samme lov) forretningens bestyrer anstille en forligsmægling, som her omfatter ogsaa det, der er gjenstand for skjønnets afgjørelse. Mæglingen er betinget af, at parterne er nærværende; og forretningen bliver saaledes at fremme, selv om forligsmægling paa grund af en parts udeblivelse ikke kan finde sted.

4) I almindelighed maa de personer, der er umiddelbart interesserede i det retsforhold, som skjønnet angaar, varsles til dette. Hvem disse interesserede er, vil i de almindelige forhold være klart, idet skjøn af den her omhandlede art i almindelighed berører en anden persons ret. Forsaavidt der imidlertid er spørgsmaal om et skjøn, der indeholder bemyndigelse til at foretage visse handlinger paa skjønsrekvirentens egen eiendom, kan det fremstille sig som uklart, hvor mange der berøres heraf. Derfor har nabol. 27 mai 1887 § 13, 2det led nærmere angivet, hvem der i saadanne tilfælde skal stevnes. Efter samme lovs § 4 kan det af lensmanden bestemmes, at de deri nævnte skjøn skal fremmes uden varsel til naboen, naar omstændighederne gjør det ønskeligt. Ogsaa efter den tidligere (p. 536) omtalte § 319 i søf.l. 20 juli 1893 kan skjøn fremmes uden varsel til den, hvem forretningen vedkommer, naar denne af retten skjønnes ikke at taale opsættelse. Noget lignende gjælder efter l. om handelssager 20 decbr. 1902 § 13 samt efter lappel. 2 juni 1883 § 10. Efter l. om landslod 23 mai 1863 § 3 skal notformanden varsles.

Om varslets længde og forkyndelse indeholdes i visse af de hidhørende love særegne regler (saaledes den anførte paragraf af lappeloven, skovl. 22 juni 1863 § 24, l. om fredning af lax 22 april 1866 § 1, nabol. §§ 4,

7 og 13). I andre tilfælde kommer de almindelige regler til anvendelse.

5) Opstaar der under skjønsforretningen tvist om rettigheden til og betingelserne for det foretagende, som skjønnet angaar, eller i det hele om dettes retslige forudsætninger eller faktiske grundlag, bliver denne tvist at afgjøre af retten, forsaavidt spørgsmaalet ikke udtrykkelig er henlagt under skjønsmændene. Da de heromhandlede skjøn efter sin karakter ikke indeholder nogen retsforfølgning, vilde det fra et principielt synspunkt være det korrekteste, at saadanne tvistigheder henvistes til afgjørelse under en særskilt proces, hvad der kunde have saa meget mere for sig, som disse skjøn jo i mange tilfælde bestyres af lensmanden eller andre tjenestemænd, der ikke behøver at besidde retskyndighed. Imidlertid vilde det paa den anden side i mange anvendelser fremkalde vanskeligheder, naar der ikke var adgang til paa stedet at faa løst tvivl om forudsætningerne for skjønnet. Det er derfor blevet den gjældende lære, hvad loven udtrykkelig har udtalt i en vigtig anvendelse, nemlig for expropriationsskjøn (se l. 10 mai 1860 § 2), at tvistigheder af den her omhandlede art afgjøres under skjønsforretningen ved kjendelse af bestyreren, ganske som naar saadanne tvistigheder opstaar ved et supplerende skjøn[8]. Denne kjendelse, der er gjenstand for appel til overordnet ret overensstemmende med de almindelige regler, afgjør det reiste spørgsmaal kun i den udstrækning, hvori det er fornødent for skjønnets fremme; og kun i denne udstrækning har afgjørelsen retskraftsvirkning[9].

Adgangen til at paaanke skjønnet til overordnet ret maa ogsaa staa aaben, hvor nogen saadan kjendelse, som i det foregaaende omhandlet, vel ikke under skjønnet er

[8] Jfr. Schweigaard I p. 615—7 og foran p. 575—6. Se forøvrigt Anden del § 167 (særlig p. 193—4 med note 27).

[9] Om saaledes i tilfælde af begjæring om skjøn efter nabolovens § 4 rekvirentens eiendomsret til vedkommende grund bestrides, maa det afgjøres ved kjendelse, hvorvidt skjønnet skal fremmes, men denne afgjørelse har ikke bindende retskraft for en senere *rei vindicatio* eller *actio negatoria* mellem samme parter.

afsagt, men hvor dette dog antages at hvile paa urigtige retsforudsætninger eller urigtigt faktisk grundlag i henseende til andre punkter end dem, der er henlagte til mændenes skjønsmæssige bedømmelse[10].

6) Anke over selve den skjønsmæssige afgjørelse staar regelmæssig aaben til overskjøn af det dobbelte antal mænd, hvilket i en række af de i det foregaaende anførte lovsteder udtrykkelig er sagt, men iøvrigt overensstemmende med den for andre skjøn gjældende regel maa antages i alle tilfælde, hvor intet modsat er bestemt. Særegne regler findes i gjærdel. 16 mai 1860 § 18, l. om landslod af 23 mai 1863 § 3, udrederloven 14 mai 1872 § 5 og l. om sildefiskerierne 26 juni 1893 § 38, l. om udskrivning m. v. 27 juli 1896 § 9, fiskerilovene af 3 aug. 1897 nr.ne 4 og 5 begges § 44, 3dje led og 6 aug. s. a. nr. 4 § 44, 3dje led, lov om expropriation af statsjernbaner af 7 juli 1897 § 11, l. om geistlige embedsgaarde af 14 juli 1897 § 24, efter hvilke lovsteder skjønnet er endeligt og upaaankeligt. Det samme maa vistnok antages om skjøn efter husdyrloven 14 juli 1894 § 13. Efter lov om ret til hval 22 mai 1869 § 7 gaar appellen til søretten, der i dette tilfælde skal beklædes foruden af underdommeren af fire mænd[11]. De i lappeloven 2 juni 1883 §§ 10 og 11 omhandlede skjøn kan forandres af retten (se § 11 i. f.).

7) Særlig med hensyn til skattetaxter og taxter vedkommende brandforsikring bemærkes:

a) Skattetaxter er undergivne helt forskjellige regler, eftersom de angaar grundeiendom i by eller paa landet:

a) For byernes vedkommende er det overladt kommunebestyrelserne gjennem vedtægter, der maa stadfæstes af kongen, at give almindelige forskrifter om skattetaxter (se l. 15 april 1882 § 5). For Kristiania sker værdsættel-

[10] Jfr. foran p. 579—850; Anden del §§ 139 og 146, II; Schweigaard I p. 628 ff. I naboloven 27 mai 1887 § 7, 2det led er det ogsaa forudsat som givet, at en saadan adgang staar aaben, og paaanken gaar her direkte til høiesteret. Jfr. ogsaa Retst. 1868 p. 71 ff.; 1860 p. 161 ff. (tiendelægning under ét af tvende gaarde, hvoraf den ene var, den anden ikke var pligtig til ny tiende).

[11] Denne bestemmelse kan ikke antages forandret ved den nye søfartslov af 1893.

sen efter l. 17 april 1880 for tiden af tre af magistrat og formandskab valgte mænd. Om medvirkning af nogen retsbetjent bliver der ved disse taxter ikke tale.

b) Paa landet er grundlaget for skatternes fordeling ikke en taxt over eiendommenes salgsværdi, men den saakaldte matrikul, der er bestemt til at være et udtryk for eiendommenes indbyrdes forhold i henseende til deres grundværdi[12]. Da denne matrikul er udarbeidet engang for alle for det hele rige og er beregnet paa at omfatte alle landeiendomme, bliver der kun i følgende tilfælde plads for skjønsforretninger, der her kaldes skyldsætningsforretninger: α) naar undtagelsesvis et jordstykke ikke har været medtaget ved den almindelige matrikuls istandbringelse (saaledes som tilfældet vil kunne være med rydningspladse i almenning) og senere skal skyldsættes, β) naar der paa grund af elvebrud, fjeldskred eller lignende skal ske nedsættelse i en eiendoms matrikulskyld (saakaldt aftag), γ) naar en skyldsat eiendom skal deles og matrikulen skal fordeles paa de enkelte parceller (de saakaldte skylddelinger). De to førstnævnte arter forretninger udføres som regelmæssige skjønsforretninger af fire skjønsmænd under sorenskriverens bestyrelse, jfr. l. 28 mai 1845 § 1[13]. Derimod gjælder der efter dette lovsted for skylddelingerne den særegne regel, at de udføres af skjønsmændene (der opnævnes efter de almindelige regler) alene, uden bestyrelse af dommeren. For at erholde gyldighed maa imidlertid forretningen af skjønsmændene i retten bekræftes i henhold til den af dem aflagte lagrettesed (saakaldt afhjemling af forretningen). Mændene kan selv bestemme, ved hvilket ting afhjemlingen skal foregaa. Paa tinget har de at fremlevere en over den udførte forretning forfattet skriftlig opgave, der oplæses. Den dommer, for hvem afhjemlingen foregaar, har at paase, at forretningen er udført overensstemmende med lovens forskrifter (jfr. saaledes l. 15 juni 1878 § 4 og l. 4 juli

[12] Jfr. iøvrigt om matrikulen Brandt Tingsret §§ 78—80.

[13] Jfr. iøvrigt Brandt l. c. § 80 i beg. Særegne regler gjælder for skyldsætning af statens jord og grund i Finmarkens amts landdistrikt, naar den afhændes; se l. 22 mai 1902 § 2.

1884) og at paalægge mændene de berigtigelser, han maatte finde fornødne. Foretages ikke disse, bliver afhjemlingen at negte ved en kjendelse, der er gjenstand for appel[14].

Skyldsætningsforretninger kan paaankes til overskjøn, der afholdes under sorenskriverens bestyrelse paa aastedet (l. 1845 § 2).

b) Taxter vedkommende brandforsikring (de saakaldte brandtaxter) kan angaa dels den forsikrede gjenstands dels den indtraadte skades værdi. Om saadanne taxter haves lovforskrifter, forsaavidt angaar statens almindelige brandforsikringsindretning for bygninger; se l. 19 aug. 1845, l. 26 mai 1866, l. 1 juni 1876 og l. 31 mai 1890[15]. De udføres regelmæssig af faste taxationsmænd, der udnævnes af magistraten i kjøbstæderne og fogderne paa landet overensstemmende med de i l. 1845 § 5 ff. indeholdte forskrifter. Hvis imidlertid rekvirenten begjærer det eller særlig kyndighed udkræves, skal 2 mænd opnævnes for den enkelte forretning overensstemmende med de almindelige for skjønsmænds opnævnelse gjældende regler (l. 1866 § 2). Forretningen bestyres i kjøbstæderne af raadstuskriveren og udenfor disse af lensmanden (l. 1845 § 8). For mindre eiendomme paa landet udføres forretningen uden bestyrelse af lensmanden, idet denne kun modtager mændenes taxt og indfører den i protokollen, efterat han, om fornødent, har faaet den berigtiget eller fuldstændiggjort (l. 1890 § 1). Overtaxt kan forlanges afholdt af dobbelt antal mænd. Denne bestyres paa landet af sorenskriveren, i byerne af raadstuskriveren (l. 1845 § 13).

IV. Endelig kan skjøn optages til brug for administrative eller ensidig private afgjørelser, hvor skjønnet ikke i nogen retning har bindende karakter, men alene det øiemed at tjene til veiledning ved afgjørelsen.

[14] Jfr. iøvrigt om skylddelinger Schweigaard I p. 636—7 og II p. 137—8; K. Lous i Retst. 1883 p. 305 jfr. 1882 p. 369. Se ogsaa Retst. 1897 p. 485.

[15] Jfr. Schweigaard I p. 640—1; Hambro Byretsdomme nr. 2363.

Til denne klasse skjøn hører navnlig de værdsættelser, der istandbringes for at tjene som grundlag for bedømmelsen ved en gjenstands salg eller pantsættelse. Efter reskr. 7 febr. 1794 § 6 jfr. kanc. prom. 31 juli 1790 § 6 skal der saaledes, inden umyndiges midler udlaanes, af to opnævnte skjønsmænd holdes taxt over den eiendom, der udbydes til pant. Disse taxter holdes uden dommerens medvirkning, men afhjemles paa tinget paa samme maade som skylddelinger[16]. Taxtforretninger til brug for hypotekbankens laanevirksomhed afholdes af faste taxtmænd; og nogen afhjemling til ting finder her ikke sted; se regl. 17 novbr. 1888 § 20.

IV. REELLE BEVISMIDLER

a) Dokumentbeviset[1]

§ 123.

ALMINDELIGE FORKLARINGER.

I. Et dokument i processuel forstand[2] er enhver gjenstand, der under en rettergang benyttes som bevis for en erklæring (et «tilkjendegivende» jfr. str.l. § 179), hvoraf gjenstanden fremtræder som bærer. I det enkelte mærkes:

a) Dokument er enhver gjenstand af nævnte art. I videre forstand gaar saaledes ind under dette begreb ikke blot skriftstykker, men ogsaa andre gjenstande, saa-

[16] Jfr. Schweigaard I p. 639—40.

[1] Schweigaard §§ 111—18; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 119—26; jfr. sammes A. S. Ørsteds betydning I p. 143 ff.; Deuntzer Civilproces § 47. Se ogsaa E. Trygger Om skriftliga bevis såsom civilprocessuelt institut (1887); Schmidt Lehrbuch § 87 og den der anførte fremmede litteratur.

[2] Det strafferetslige begreb falder ikke sammen med det processuelle, se Hagerup Formuesindgreb og dokumentforbrydelser (2den udg.) p. 195 ff.

som mynter, familievaaben, mærkede trær o. lign. Imidlertid forstaar det sig, at skriftstykker er den hyppigst forekommende form for dokumenter; og det er ogsaa dem, der hovedsagelig haves for øie ved den følgende fremstilling.

b) Hvad det for det processuelle dokumentbegreb kommer an paa, er, at dokumentet faktisk benyttes som bevis under en rettergang; derimod er det ligegyldigt, om det ved oprettelsen er bestemt til at tjene som bevis eller er tilblevet i ganske andre øiemed, ligesom det ogsaa er uvæsentligt, om det faktisk er af betydning som bevis.[3] Et privatbrev er derfor ligesaavel et dokument som et om en kjøbekontrakt oprettet skriftstykke.

c) Dokumentet fremtræder som bærer af en erklæring, d. e. en ytring af et menneskes tanker. Derved adskiller det sig fra andre reelle bevismidler, der kan have bevisende betydning ved sin blotte tilværelse eller ved visse egenskaber ved dem (se foran § 101). Ogsaa skriftstykker kan komme i betragtning som reelle bevismidler i anden egenskab end som dokument (f. ex. som bevis for en foretaget forfalskning, for det dertil anvendte blæks egenskaber, for spørgsmaalet, om papiret indeholder træmasse o. lign.). Ligegyldig er derimod for dokumentbegrebet erklæringens art: om den indeholder en bevidnelse, et skjøn eller en tilfældig meddelelse. Begrebsmæssig ligegyldigt er det endvidere ogsaa, om dokumentet umiddelbart hidrører fra den, hvis erklæring deri er indeholdt (originaldokumenter), eller en afskrift (gjenpart, kopi) eller oversættelse af et saadant. Heller ikke er det for begrebet væsentligt, om skriftstykket er en fuldfærdig, til meddelelse bestemt erklæring eller kun udkast til en saadan (koncept). Sondringen mellem disse forskjellige arter dokumenter har imidlertid, som nedenfor vil blive vist, iøvrigt betydning for bevislæren.

Endnu vigtigere i denne henseende er sondringen mellem offentlige og private dokumenter. Offentligt

[3] Se derimod str.l. § 179.

er dokumentet, naar det er udstedt af en offentlig tjenestemand i hans egenskab som saadan og indenfor grænserne af hans forretningsomraade samt i den for saadanne erklæringer foreskrevne form. Dokumentet maa saaledes selv forkynde sig som udfærdiget af vedkommende tjenestemand paa embeds vegne. Hvad iøvrigt formen angaar, er der kun i de færreste tilfælde i lovgivningen foreskrevet bestemte former for embedsmæssige bevidnelser (almindelig, om end ikke undtagelsesfri, er dog fordringen til anbringelse af segl paa dokumentet).[4] Hvor nogen form ikke er foreskrevet, vil dokumentets formløshed ikke være til hinder for, at det har vægt og betydning som et offentligt.[5]

II. Vor lovgivning indeholder kun faa og ufuldstændige bestemmelser om dokumentbeviset. De angaar kun enkelte arter dokumenter, medens de almindelige regler for dokumentbeviset har udviklet sig væsentlig gjennem teori og praxis. Paa denne udvikling har den friere bedømmelse af beviset øvet en stærk indflydelse og navnlig givet plads for en anvendelse af private dokumenter som bevismidler, der ligger udenfor den legale bevisteoris forudsætninger.

§ 124.

BEVISET FOR ET DOKUMENTS ÆGTHED.

Et dokuments beviskraft afhænger først og fremst af dets ægthed, d. e. af, at det i hele sit indhold hidrører fra den person, det udgiver sig for at hidrøre fra. Et dokument hidrører i den forstand, hvorpaa det her kommer an, fra den, der gjennem dokumentet har villet meddele den deri indeholdte erklæring.[1] Dette kan ikke blot siges at være tilfældet med den, der selv har skrevet og underskrevet dokumentet, men ogsaa med den, der hertil har benyttet fremmed bistand (underskrift «med paaholden pen», diktat). Imidlertid har denne forskjel betydning for

[4] Jfr. Schweigaard I p. 526—7.
[5] Jfr. iøvrigt Ørsted Eunomia IV p. 419.
[1] Jfr. Planck Lehrbuch II p. 219.

den maade, hvorpaa beviset for dokumentets ægthed kan føres.[2]

Om dette bevis haves der visse regler, der dels er udtalte i loven dels udviklede ved retsbrugen, og som er forskjellige for offentlige og private dokumenter.

a) Om offentlige dokumenter gjælder, at de formodes at være ægte og uforfalskede, indtil det modsatte bevises, med mindre der foreligger særlige grunde til at betvivle ægtheden eller uforfalsketheden (f. ex. rasurer). Denne regel, der ikke er udtrykkelig udtalt i loven, er naturlig begrundet i de offentlige bevidnelsers natur. Det vilde ikke være foreneligt med en offentlig tjenestemands stilling, at han skulde være nødsaget til at aflægge personligt vidnesbyrd i retten om forhold, hvorom han har afgivet embedsmæssig attest,[3] hvilket dog vilde blive nødvendigt, hvis ægtheden af en saadan attest ikke i mangel af modbevis antoges given. Dertil kommer, at, hvis en saadan regel ikke havdes, vilde de offentlige bevidnelser kunne tabe sin betydning, naar vedkommende tjenestemand var død. Paa den anden side er der mindre betænkelighed ved at opstille en saadan formodning for offentlige end for private dokumenter, idet forfalskning af de første vanskeligere vil kunne ske. Tvivlsomt er det, om formodningen ogsaa gjælder til gunst for udenlandske dokumenter, for hvis vedkommende det navnlig kommer i betragtning, at det vanskeligere end ved indenlandske lader sig kontrollere, om dokumentet er udstedt af rette vedkommende. Imidlertid er det dog den antagne lære, at det samme gjælder om udenlandske som om indenlandske dokumenter.[4]

Med hensyn til offentlige kopier har sondringen mellem bekræftede og løse (d. e. ubekræftede) afskrifter[5] betydning. Hvor afskriften er bekræftet, gjælder der en lovsformodning for 1) ægtheden af den bekræftende tjeneste-

[2] Jfr. foran p. 494 og nedenfor p. 601.

[3] Jfr. foran p. 526.

[4] Schweigaard I. p. 531—2. — Jfr. udk. til r. l. kap. XVII § 11, der stemmer med det i texten antagne.

[5] Se foran § 40, note 12; sptl. § 75, sidste led.

mands underskrift, 2) ægtheden af originalen, og det selv om denne ikke hidrører fra den bekræftende embedsmand selv, men fra en af hans forgjængere i stillingen.[6]

De løse afskrifter støttes ikke af nogen lovsformodning, ligesom ogsaa afskriftens overensstemmelse med originalen i benegtelsestilfælde maa bevises.

b) Hvad beviset for private dokumenters ægthed angaar, er allerede før omhandlet[7] den vigtige regel i N. L. 5—1—6, hvorefter dette bevis kan føres ved partsed af den, der har underskrevet dokumentet. En anden legal bevisregel vedrørende private dokumenters ægthed findes i N. L. 5—1—7 for det tilfælde, at dokumentet hidrører fra en ikke skrivekyndig person. Isaafald skulde efter lovstedet den, der paaberaabte sig dokumentet, ved tvende specielt for anledningen tilkaldte vidner bevise, at udstederen havde kjendt dets indhold og anvendt de surrogater for egenhændig underskrift, hvorpaa artikelen giver anvisning (segl, bomærke, hvormed retsbrugen ligestiller underskrift «med paaholden pen»). I retsbrugen vil man ikke længer anse sig bunden ved kravet paa, at vidnerne skal være *specialiter rogati*, men antage, at det omhandlede bevis kan føres paa hvilkensomhelst maade; og den endnu praktiske del af artikelens forskrift er den, at en uskrivekyndig person, der indrømmer, at seglet, bomærket etc. hidrører fra ham, men benegter, at han har kjendt dokumentets indhold, ikke behøver at bevise dette, men at beviset for, at han har kjendt det, bliver at føre af modparten.[8]

Hvor partsed er uanvendelig som bevismiddel med hensyn til et dokuments ægthed — altsaa navnlig, hvor udstederen er død eller af andre grunde afskaaret fra edsaflæggelse, eller hvor dokumentet benyttes ligeoverfor en anden end udstederen — vil beviset blive at føre enten ved vidner, egen erkjendelse eller indicier. Er udstederen ikke selv part i processen, vil han selv kunne føres som

[6] Jfr. Schweigaard § 117.
[7] Jfr. foran p. 493—4.
[8] Jfr. J. Lassen Haandbog i Obligationsrettens alm. del p. 46 ff. og det der i note 8 citerede.

vidne om dette punkt. Det hyppigste vil være, at vidnebeviset føres ved personer, der er tilkaldte i det øiemed at bevidne dokumentets ægthed (vitterlighedsvidner). Erkjendelse af dokumentets ægthed fra udstederens side vil i mange tilfælde kunne udledes af den maade, hvorpaa udstederen har forholdt sig ligeoverfor dokumentet, saasom hvor han selv har paaberaabt sig dette (hvormed dog paastand om dokumentets delvise uægthed ikke er uforenelig), eller hvor han selv har ladet tage en bekræftet afskrift af dokumentet,[9] eller hvor han selv har indsendt dette til tinglysning o. lign. Som indicium paa dokumentets ægthed vil iøvrigt komme i særlig betragtning haandskriftens lighed med andre, utvivlsomt fra udstederen hidrørende skriftstykker. Til iværksættelse af en saadan haandskriftssammenligning kan efter enkelte fremmede love dommeren tilpligte parterne at udlevere de skriftstykker, hvoraf de maatte være i besiddelse, med den følge, at der, hvis de undlader at efterkomme dette paalæg, intet hensyn tages til deres benegtelse.[10] Nogen saadan forskrift indeholder vor lovgivning ikke, og uden saadan hjemmel kan den ikke opstilles, hvorfor skriftsammenligningen spiller en forholdsvis underordnet rolle i vor retsbrug.[11]

Er ægtheden af et dokuments underskrift bevist, vil derved ogsaa indholdets ægthed ansees givet; og den, der paastaar det modsatte, vil — bortseet fra det foran berørte,

[9] Jfr. det af Schweigaard I p. 567 anførte exempel, at ihændehaveren af et pantebrev ved *notarius publicus* lader tage gjenpart af en af ham selv (kreditor) paa obligationen anført eftergivelse af panteretten.

[10] Saaledes ogsaa udk. til r. l. kap. XVIII § 12: «Er der strid om ægtheden af et skrift, og skriftsammenligning findes at kunne anstilles, kan de dertil fornødne skriftprøver fordres forelagt efter de samme regler som for andre skriftlige beviser. — Kan saadanne ikke opdrives, kan den, om hvis haandskrift der spørges, paalægges i rettens eller en dommers overvær at nedskrive med sædvanlig haandskrift nogle ham opgivne sætninger. Paa vægring heraf kommer henholdsvis de angaaende vægrede partsforklaringer og vægrede vidnesbyrd givne regler til anvendelse.»

[11] Jfr. iøvrigt om forskjellige andre indicier paa et dokuments ægthed Schweigaard § 114.

i N. L. 5—1—7 omhandlede tilfælde — have at bevise dette. Dette bevis kan imidlertid lettes ved særegne omstændigheder ved dokumentet, saasom raderinger, overstrygninger, tilføielser o. lign.[12]

§ 125.

OM DEN BEVISKRAFT SOM ET DOKUMENTS INDHOLD BESIDDER.

I henseende til dokumenters beviskraft er følgende sondringer af betydning:

A. I visse tilfælde bringer dokumentet umiddelbart for dommerens øie selve den kjendsgjerning, der enten som retsstiftende akt eller som indicium er af betydning for sagens afgjørelse, idet denne kjendsgjerning netop er, at dokumentets udsteder har afgivet en erklæring som den i dokumentet indeholdte.[1] Herhen hører først og fremst alle de saakaldte dispositive dokumenter, der indeholder en bindende, privatretslig eller offentligretslig viljeserklæring (testamenter, kontraktsdokumenter, vexler og andre anvisninger, dokumenter, der indeholder en administrativ eller judiciel forføining). Herhen hører endvidere alle dokumenter (breve o. lign.), der indeholder egen tilstaaelse eller benyttes som bevis for, at en retslig relevant meddelelse er foregaaet (advisbrev, *litis denuntiatio*) eller for, at udstederen paa en vis tid var i live eller opholdt sig paa et bestemt sted.[2]

[12] Jfr. Schweigaard § 84 og foran p. 494. — Jfr. udk. til r. l. kap. XVIII § 15: «Privat dokument, der er egenhændig underskrevet med navn, afgiver fuldt bevis for, at dets indhold, hvor dette selv ingen særlig grund til mistanke frembyder, hidrører fra den, hvis navn er underskrevet. — Modbevis er ikke udelukket.» § 16: «Hvorvidt uregelmæssigheder med hensyn til form eller indhold eller andre mistænkelige omstændigheder formindsker et dokuments beviskraft, har retten at bedømme efter frit skjøn.»

[1] Jfr. Planck Lehrbuch § 115, der for denne art dokumenter foreslaar udtrykket øiesynsdokumenter (Augenscheinsurkunden).

[2] Ogsaa de tilfælde, hvor dokumentet umiddelbart bringer til udtryk en forbrydersk handling (en æresfornærmelse, en bedragersk forespeiling), hører hid.

I alle saadanne tilfælde vil naturligvis dokumentet levere fuldt bevis.

B. En anden hovedklasse af dokumenter er de, der beviser ved, hvad de meddeler om kjendsgjerninger, der er af betydning for sagens afgjørelse, altsaa dokumenter. der indeholder et vidnesbyrd. For disses betydning vil det først og fremst være af vægt, om de hidrører fra en tredjemand eller fra nogen af parterne selv.

a) I henseende til de fra en tredjemand hidrørende bevisdokumenter gjør sig navnlig sondringen mellem offentlige og private dokumenter gjældende.

Offentlige dokumenter, som er oprettede af vedkommende embedsmand inden grænserne af hans myndighed i hensigt at afgive bevis, danner fuldt bevis for det, som de bevidner.[3] Udenlandske, offentlige dokumenter bliver at ligestille med indenlandske, forudsat, at det bevidnede efter processtedets regler egner sig til at bevises ved erklæring af saadan udenlandsk, offentlig myndighed.[4]

Saaledes danner retsprotokollerne (og gjenparter af disses indhold) fuldt bevis for, hvad der er foregaaet i retsmødet, notarialbevidnelser for, hvad der er foregaaet i *notarius publicus*'s nærværelse,[5] stevnevidnernes attest for. at forkyndelsen er skeet paa den deri angivne maade. Forsaavidt derimod et saadant dokument indeholder meddelelse om kjendsgjerninger, hvis bevidnelse ikke direkte henhører under vedkommende tjenestemand, eller om kjendsgjerninger, som tjenestemanden ikke selv har havt anledning til umiddelbart at iagttage, har dokumentet ikke afgjørende beviskraft, men kan alene komme i betragtning som et bevismoment, hvis vægt paa samme maade som et privat dokuments bevisværdi vil bero paa omstændighederne. Saaledes har ministerialbøgernes angivelse af fødselsdag og af forældre egentlig ikke bindende beviskraft, idet disse angivelser alene beror paa andres meddelelser. Retsbrugen er dog her tilbøielig

[3] Jfr. Schweigaard § 112. Jfr. udk. til r. l. kap. XVIII § 13, hvor sætningen er udtalt i den i texten gjengivne form.

[4] Jfr. foran p. 94. Se udk. til r. l. kap. XVIII § 14.

[5] Jfr. iøvrigt om notarialbevidnelser Schweigaard § 113.

til at udstrække regelen om de offentlige dokumenters troværdighed ogsaa til disse meddelelser. En notarialbevidnelse om en forklaring, afgiven for *notarius publicus*, beviser kun, at en saadan forklaring er afgiven, medens selvfølgelig nogen bestyrkelse af forklaringens indhold derved ikke opnaaes.

Et offentligt dokuments indhold kan iøvrigt ofte faa betydning som indicium for andre kjendsgjerninger end saadanne, som det umiddelbart har til hensigt at bevidne; saaledes kan en udskrift af toldbøgerne benyttes som bevis for, at en skipper til en vis tid var ilive, attest fra en veterinærautoritet for, at et distrikt til et vist tidsrum var frit for smitsom kvægsygdom, kan være indicium for, at kreaturer, solgte fra denne egn i dette tidspunkt, var fri for saadan sygdom.[6]

Den lovsformodning, der inden de foran angivne grænser gjælder for rigtigheden af offentlige dokumenters indhold, kan modbevises.[7]

Hvad private dokumenter angaar, ligger denne art bevismidler — naar bortsees fra de nedenfor omhandlede bestemmelser om kontrabøger og handelsbøger — ganske udenfor lovgivningen; og lovbogen har fra den legale bevisteoris standpunkt neppe tænkt sig, at tredjemands skriftlige udtalelser om sagens gjenstand skulde kunne komme i betragtning som bevis udenfor de i N. L. 1—13—4 omhandlede tilfælde, hvor skriftlige bevidnelser skal kunne træde i et retsligt vidnesbyrds sted. Det maa ogsaa nu gjælde som hovedregel, at udtalelser af tredjemand, der har karakteren af vidnesbyrd (d. e. er afgivne i anledning af sagen om dennes gjenstand) eller af skjøn, maa ske i de

[6] Jfr. Heusler i Arch. f. civ. Praxis bd. 62 p. 285, note 17, hvor flere exempler findes anførte.

[7] Jfr. Ørsted Eunomia IV p. 465—82; jfr. strpl. § 129 i. f.; Hambro Byretsdomme nr. 2383. — Modbeviset vil kunne lettes ved konkrete omstændigheder, som giver anledning til tvivl om erklæringens rigtighed. Saadanne tvivl vil særlig let kunne gjøre sig gjældende ligeoverfor udenlandske dokumenter samt i tilfælde, hvor det, som bevidnelsen angaar, ikke er iagttaget af tjenestemanden selv i tjenestens medfør; jfr. udk. til r. l. kap. XVIII §§ 13 og 14, begges sidste led.

for vidneførsel eller skjøn anordnede retslige former, og at modparten kan kræve en skriftlig bevidnelse sat ud af betragtning ligesaavel, som han kan kræve, at intet hensyn tages til en vidneførsel eller et skjøn, der ikke tilfredsstiller lovens fordringer.[8] Imidlertid er retsbrugen — under indflydelse af den friere bevisopfatning — ikke tilbøielig til at indtage et saa udelukkende standpunkt. Visse bevidnelser tillægges uden videre beviskraft, naar paa den ene side deres troværdighed paa grund af udstederens stilling ikke lettelig kan drages i tvivl, og de paa den anden side angaar kjendsgjerninger af saadan art, at en retslig afhørelse ikke kan antages at besidde nogen særlig betydning. Dette gjælder saaledes navnlig lægeattester (som bevis for forfald o. lign.) og forøvrigt i det hele udtalelser af sagkyndige, særlig hvor disse efter sin art ikke egner sig til at afgives i retslige skjøns former.[9]

Ogsaa ellers vil en skriftlig erklæring i anledning af sagens gjenstand efter beskaffenheden af dens indhold — navnlig naar den er meget præcis og detailleret i sine faktiske angivelser og disse støttes ved sagens øvrige oplysninger — kunne komme i betragtning som et bevismoment af ubestemt vægt.[10]

Større bevisværdi vil i almindelighed en tredjemands skriftlige udtalelser kunne faa, naar de er fremkomne uden al forbindelse med sagen (f. ex. udtalelser i privatbrev), og naar saaledes hverken nogen paavirkning af parterne eller af vedkommende tredjemands egne ønsker med hensyn til sagens udfald er at befrygte.[11]

b) Hvad skriftlige udtalelser fra parterne selv angaar, er det allerede før fremhævet, at parternes under processen afgivne erklæringer ingen direkte beviskraft besidder, med mindre de indeholder en tilstaaelse[12].

[8] Jfr. foran §§ 114, II og 120.

[9] Jfr. foran p. 560—1. Jfr. Retst. 1897 p. 785.

[10] Jfr. Retst. 1886 p. 471 ff. især p. 473.

[11] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 349—50 og det paa sidstanførte side, note 22 efter Heusler meddelte exempel, der viser, at det bevis, som efter omstændighederne kan ligge i et saadant skriftstykke, kan være stærkere end det, der kan tilveiebringes ved mundtlig afhørelse af vedkommende under sagen.

[12] Jfr. foran p. 473—4.

I det væsentlige gjælder det samme om enhver erklæring fra parten selv i egen sag (*scriptura probat contra scribentem, non pro scribente*). Imidlertid vil dog i mange tilfælde omstændighederne kunne forlene skriftlige udtalelser fra parterne en vis bevisværdi. Her vil navnlig modpartens forhold ligeoverfor erklæringen faa betydning, saaledes den omstændighed, at han i enkelte dele støtter sig paa erklæringen til sin fordel, eller at vedkommende skriftstykke i sin tid er overleveret modparten, uden at denne har gjort nogen bemærkning derved. I sidstnævnte henseende maa man imidlertid være forsigtig med uden videre at fortolke enhver taushed (f. ex. ligeoverfor en almindelig regning) som godtagelse, idet omstændighederne meget vel kan indeholde en iøvrigt fyldestgjørende forklaring af, at vedkommende har undladt at gjøre indvending, saasom hvor en feiltagelse har været tilstede, eller hvor skriftstykkets modtager ikke har havt nogen opfordring til at lægge vægt paa modtagelsen. En særlig betydning vil det derfor have, at skriftstykket efter begge parters forudsætning er udstedt i den hensigt at tjene til bevis for udstederens ret, saaledes som tilfældet er ved de saakaldte kontrabøger[13]. Om disse indeholder forøvrigt vor lovgivning en del halvt vilkaarlige forskrifter; se navnlig N. L. 5—13—49, hvis bud er gjentaget i en række senere love[14]. Der foreskrives her, at der ved kjøbmænds handel med bønder skal gives disse kontrabøger, og at afregning skal ske hvert tredje aar. Om virkningen af, at dette sidste bud tilsidesættes, foreskriver lovstedet udtrykkelig, at derved selve kravet fortabes. Derimod er det ikke saa utvetydig udtalt, at det samme ogsaa skal gjælde, naar meddelelse af kontrabog er undladt. At dette har været meningen, synes dog at følge af, at det opstilles som betingelse for kravet, at kjøbmandsbøgerne og kontrabøgerne

[13] Jfr. om disse Schweigaard I p. 548 og 554 ff.; Hambro l. c. nr.ne 2365, 2367, 2369, 2375, 2380, 2383.

[14] Jfr. reskr.r 6 septbr. 1688 § 2 og 2 januar 1795 § 6 jfr. reskr. 13 novbr. 1776 § 4; frdn. 7 aug. 1697 § 1 (jfr. nu l. 26 mai 1866 § 12); frdn. 20 aug. 1778 § 28 og l. 13 septbr. 1830 § 18 (jfr. l. 22 juni 1863 § 9); bergverksl. 14 juli 1842 § 55.

stemmer overens[15]. Den gjennem en langvarig praxis fastslaaede forstaaelse af lovbudet er imidlertid, at hverken undladelse af kontrabogs meddelelse eller af at foretage afregning medfører tabet af selve kravet, men kun af det bevis, som ellers maatte ligge i kjøbmandsbøgerne (N. L. 5—13—50).

Om handelsbøgers beviskraft bestemte N. L. 5—13—47 og 48, at disse skulde danne fuldt bevis under den dobbelte betingelse, a) at afregning forlangtes inden en vis frist, hvis længde var forskjellig for de forskjellige næringsdrivende (se N. L. 5—13—47, der har to aar, og art. 48, der har aar og dag), b) at skyldneren paa opfordring udtrykkelig vægrede sig for at foretage afregning. Disse lovbestemmelser har imidlertid liden umiddelbar praktisk betydning, idet den under b) nævnte betingelse for deres anvendelse sjelden vil være tilstede. Derimod ligger det i sagen selv, at ordentlig førte handelsbøger i og for sig — ganske uafhængig af skyldnerens efterfølgende adfærd — tilkommer en vis bevisvægt; og dette forudsættes ogsaa i reskr. 31 januar 1738[16]. Med udgangspunkt heri har der sædvansmæssig udviklet sig den regel, at, hvis et krav støttes paa ordentlig førte handelsbøger, uden at der forøvrigt fra nogen af siderne er ført andet bevis, bliver sagen at gjøre afhængig af den angivelige skyldners benegtelsesed, en sætning, der er ganske uafhængig af budet i N. L. 5—13—47 og 48, og hvis anvendelse det derfor er vilkaarligt at ville begrænse til de dersteds nævnte tidsfrister for afregningen[17]. Noget andet er det, at regnskabsbogens beviskraft naturlig svækkes, jo længere regnskabet ligger tilbage i tiden, uden at opgjør er forlangt[18].

Den bevisværdi, der kan udledes af handelsbøgerne, beror paa den betragtning, at sandsynligheden af en feil væsentlig forringes, naar bøgerne efter en kronologisk ind-

[15] Jfr. ogsaa l. 13 septbr. 1830 § 19.
[16] Jfr. Schweigaard I p. 552—3.
[17] Jfr. dog Schweigaard I p. 553; Hambro l. c. nr. 2370 jfr. forøvrigt sammesteds nr. 2381.
[18] Hambro l. c. nr.ne 2373, 2378.

førsel af de forskjellige poster stemmer, uden at de bærer spor af senere tilføielser eller rasurer. Det vil heraf sees, at det er bøgerne selv og disse i deres helhed, ikke udskrifter af enkelte konti, der besidder bevisbetydning, noget, der i retsbrugen ofte oversees.

Det er endvidere kun ordentlig førte handelsbøger, som kan tillægges den her omhandlede vægt. Deri ligger ikke blot, at ligefremme uordener i deres førelse (uoverensstemmelser, rettelser, rasurer) svækker deres beviskraft; men de maa ogsaa iøvrigt tilfredsstille lovens fordringer til bogførsel. I denne henseende mærkes, at det citerede reskript af 31 januar 1738 for kjøbstædernes vedkommende kræver, at handelsbøger for at «ansees i rettergang» skal være autoriserede af magistraten. De, hvem bogførselspligt efter l. 3 juni 1874 § 5 er paalagt, synes ikke at kunne kræve, at deres bøger kommer i betragtning, med mindre de tilfredsstiller de der opstillede fordringer. Hvorvidt de, hvem bogførselspligt ikke er paalagt, overhovedet kan kræve noget særligt hensyn taget til de af dem førte bøger, synes tvivlsomt. Det burde konsekvent benegtes, men retsbrugen stemmer neppe hermed.

§ 126.

b) Andre reelle bevismidler.

Fra dokumenter adskiller de andre reelle bevismidler sig derved, at de beviser ikke som bærere af et bestemt tankeindhold, men ved selve sin tilværelse eller ved sin beskaffenhed. Under begrebet reelt bevismiddel gaar ind enhver levende eller livløs gjenstand, der enten umiddelbart bringer til øiesyn den kjendsgjerning, hvorpaa sagens afgjørelse beror (f. ex. en feil ved den solgte gjenstand, en stedlig grænse), eller som tilsteder en indirekte slutning til en saadan kjendsgjerning (indicium). Ogsaa personer kan komme i betragtning som reelle bevismidler, hvor nemlig det, som det gjælder at konstatere, er en vis tilstand eller en vis egenskab ved personen[1].

[1] Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 358.

Som reelle bevismidler kommer i betragtning ikke blot selve de gjenstande, der har saadan betydning som nævnt, men ogsaa afbildninger af dem (fotografier, rids, karter).

Ligesom ved dokumenter afhænger ogsaa ved andre reelle bevismidler deres bevisværd af **ægtheden**, d. e. af at den for retten fremstillede gjenstand virkelig er, hvad den gives ud for. Hvis dette punkt er omstridt, maa det ved særskilt bevisførsel bringes paa det rene.

De egenskaber ved gjenstanden, der betinger dens bevisværd, vil i mange tilfælde alene kunne konstateres ved hjælp af sagkyndige.

§ 127.

c) Om pligten til at udlevere reelle bevismidler[1].

I. Der savnes i vor nuværende lovgivning alle regler saavel a) om, i hvilken udstrækning der overhovedet bestaar nogen pligt til at stille til en andens forføining reelle bevismidler, hvoraf man maatte være i besiddelse[2], som b) om virkningerne af, at pligten hertil ikke opfyldes[3]. Disse spørgsmaal skal her først behandles for **dokumenters** vedkommende (*editio instrumentorum*); og derefter skal under II fremsættes de særlige bemærkninger, hvortil spørgsmaalet giver anledning for andre reelle bevismidlers vedkommende.

a) Strpl. § 216 indeholder den almindelige forskrift, at den, som er i besiddelse af ting, der antages at være af betydning som bevismidler, af retten kan paalægges at udlevere disse, forsaavidt han er pligtig til at vidne i

[1] Schweigaard §§ 116 og 118; Deuntzer Civilproces § 48; Hambro Byretsdomme nr.ne 2384 og 2385.

[2] Jfr. dog som en hidhørende bestemmelse søf.l. 20 juli 1893 § 39, der foreskriver, at enhver, som paaviser en retslig interesse, kan forlange at blive bekjendt med skibsdagbøgernes indhold.

[3] Det første spørgsmaal er ogsaa i litteraturen meget stedmoderlig behandlet. Schweigaard har væsentlig kun behandlet det sidste.

sagen. En saa vidtgaaende editionspligt kan ikke opstilles i civilprocessen[4]. Paa vidnepligten kan alene bygges en pligt til mundtlig at meddele oplysning om et dokuments indhold, forsaavidt dette i forhold til den foreliggende sag er af retslig interesse for parterne. Derimod kan der ikke af den udledes nogen almindelig pligt til at udlevere selve dokumentet, der kan besidde en særlig værdi for eieren og kan indeholde andre oplysninger end saadanne, der angaar det omprocederede forhold[5].

Det klareste tilfælde af editionspligt er det, hvor en saadan er begrundet i almindelige civilretslige grundsætninger, saasom hvor den, der kræver dokumentets udleverelse, har en tinglig ret til det (eiendomsret — ene- eller sameie — panteret o. lign.), eller hvor han har et kontraktsmæssigt krav paa udleverelsen (f. ex. hvor debitor kræver udlevering af et betalt gjældsbrev, hvor et dokument skal følge en solgt eiendom som tilbehør o. lign.). De civilretslige grundsætninger vil ogsaa være tilstrækkelige til at begrunde editionspligt, hvor det ved et dokuments oprettelse har været den udtrykkelige eller stiltiende forudsætning, at det skal være til fælles benyttelse for flere. Dette vil saaledes være tilfældet, hvor der under fælles medvirkning af de interesserede er oprettet et dokument angaaende et flersidigt kontraktsforhold (selskabs-, leie-, kjøb- og salgs-, forlagsforhold), Her maa enhver af kontrahenterne kunne kræve dokumentet udleveret til retslig benyttelse; og dette synes at burde antages, selv hvor dokumentet oprindelig har været udstedt i flere exemplarer, og den, der kræver udlevering, har tabt sit[6]. Derimod kan det ikke antages at være nok til begrundelse af editionspligt, at der i vedkommende dokument overhovedet findes oplysninger om et gjensidigt retsforhold, naar dokumentets oprettelse ikke beror paa gjensidig medvirkning og nogen forudsætning om eventuel be-

[4] Jfr. ogsaa udk. til. r. l. kap. XVIII §§ 2 og 3 (se note 7), der opstiller en betydelig mere begrænset editionspligt end straffeprocesloven.

[5] Jfr. Schweigaard I p. 570; Deuntzer l. c. p. 317.

[6] Jfr. Schweigaard I p. 562 øverst.

nyttelse ikke ved samme kan siges at have været tilstede (saasom privatbreve, notater til ensidig brug for vedkommende selv, dagbøger, regnskabsbøger o. lign.). Der synes dog — udover hvad der er hjemlet ved strenge civilretslige grundsætninger — at være opfordring til at opstille en procesretslig editionspligt, forsaavidt angaar den korrespondance, der er ført mellem parterne (direkte eller ved repræsentant) angaaende et gjensidigt retsforholds tilblivelse (breve, indeholdende kontraktstilbud eller antagelse af saadant) saavelsom foreløbige udkast, der har tjent som grundlag for kontraktsforhandlinger. Forudsætningen maa imidlertid være, at vedkommende skriftstykke i sin tid virkelig har været meddelt eller ialfald har været rettet til den anden part. Undtagen fra editionspligten er saaledes korrespondance mellem parten og hans egen fuldmægtig saavelsom ensidige udkast, som ikke har været meddelt den anden part[7].

Af det foregaaende vil fremgaa, at der ikke bestaar nogen almindelig pligt til at fremlægge handelsbøger, alene fordi disse indeholder oplysninger, der kan have betydning for en verserende proces; ti disse bøger føres

[7] Jfr. med det foregaaende Deuntzer l. c. p. 316. — Den tyske civilproceslovs § 422, nr. 2 paalægger editionspligt, naar «skriftstykket efter sit indhold er fælles for den, der fører beviset, og modparten», og bestemmer nærmere, at som fælles gjælder et dokument særlig for de personer, i hvis interesse det er oprettet, eller hvis gjensidige retsforhold deri bringes til udtryk. — Udk. til r. l. har følgende bestemmelser om editionspligten i kap. XVIII § 2: «Befinder et paaberaabt skriftligt bevis sig i modpartens besiddelse, kan det fordres fremlagt, saafremt det ikke indeholder noget, hvorom parten efter kap. XII § 4 vilde være berettiget til at vægre forklaring. Under enhver omstændighed kan dog fremlæggelse fordres, saafremt besidderen efter den borgerlige ret pligter at udlevere eller fremlægge skriftstykket. Skriftlige forhandlinger eller nedtegnelser ved forhandling om en retshandel eller et retsforhold ansees her altid at henhøre til de skriftstykker, som saaledes pligtes fremlagte. Befinder det paaberaabte bevis sig i en tredjemands besiddelse, kan det fordres fremlagt, naar besidderen efter den borgerlige ret ligeoverfor nogen af parterne pligter at udlevere eller fremlægge skriftstykket, eller retten i betragtning af dets betydning som bevis paa den ene side og af, at paa den anden side ingen berettiget interesse knytter sig til dets tilbageholdelse, beslutter, at fremlæggelse skal ske».

af vedkommende til ensidig brug for ham selv. Hvor han har regnskabspligt ligeoverfor en anden, maa en saadan ansees fyldestgjort ved et uddrag af bøgerne, uden at disses fremlæggelse i original kan kræves.[8]

Editionspligten har ikke en større udstrækning ligeoverfor modparten end ligeoverfor tredjemand. Den bliver i alle tilfælde at bedømme efter de i det foregaaende fremstillede grundsætninger, hvis anvendelse ikke er betinget af vedkommende besidders processuelle stilling. Der er i sagen selv intet, som taler for, at en part i videre udstrækning end en tredjemand skulde have forpligtelse til at skaffe modparten bevismidler. Hvor derimod spørges om:

b) Virkningerne af, at editionspligten ikke efterkommes, gjør sondringen mellem part og tredjemand sig gjældende.

α) Ligeoverfor tredjemand haves ingen anden udvei end gjennem særskilt søgsmaal at faa editionspligten fastslaaet ved en dom, som i fornødent fald giver anvisning paa passende tvangsmidler til fremtvingelse af dens opfyldelse. Hvorvidt den part, der har brug for vedkommende dokument, kan erholde den fornødne udsættelse i hovedsagen til gjennemførelse af et saadant søgsmaal, vil bero paa omstændighederne, særlig paa dokumentets betydning for sagens udfald i forbindelse med den antagelige varighed af et saadant editionssøgsmaal.

β) Ogsaa ligeoverfor modparten vil der naturligvis principielt være adgang til at søge editionspligten fremtvunget ved et særskilt søgsmaal. Her vil der imidlertid efter omstændighederne kunne være adgang til at tillægge den uberettigede undladelse af efter den anden parts provokation at fremlægge et dokument, som vedkommende er forpligtet til at udlevere, en virkning for sagens udfald, der gjør et saadant søgsmaal overflødigt, idet i dette tilfælde uden videre den provocerende parts paa dokumentets indhold støttede faktiske anførsler tages som be-

[8] Jfr. Retst. 1891 p. 405 ff. — Efter den tyske handelslovs §§ 45 og 46 kan dommeren under en retssag efter begjæring af en part anordne fremlæggelse af modpartens handelsbøger.

viste.[9] Fremlægger han en afskrift, vil dennes overensstemmelse med originalen under samme forhold ansees given.

Denne virkning forudsætter regelmæssig, at vedkommende part fremdeles er i besiddelse af dokumentet.[10] Er imidlertid besiddelsen ophørt paa en saadan maade, at derved maa antages tilsigtet at rydde et bevismiddel af veien, vil virkningen heraf være den samme som af uberettiget vægring ved at udlevere dokumentet.[11]

II. Hvad andre reelle bevismidler end dokumenter angaar, bemærkes, at der neppe haves sikker hjemmel for at opstille nogen editionspligt udenfor de tilfælde, hvor en saadan er begrundet i civilretslige grundsætninger, altsaa navnlig hvor den, der forlanger tingens udleve-

[9] Udk. til r. l. kap. XVIII § 8 har følgende regel: «Undlader den tredjemand, som er opfordret til eller paalagt at fremlægge et skriftligt bevis, at efterkomme opfordringen eller paalægget enten uden angivelse af grund eller med angivelse af en grund, som ved kjendelse er forkastet, kan retten herfor ilægge ham straf og erstatningsansvar paa samme maade som for vægret vidnesbyrd. Retten kan i særdeles vigtige tilfælde anordne ransagning og beslaglæggelse overensstemmende med reglerne i loven om tvangsfuldbyrdelse, saavel, hvor udleverelsen vægres, som, hvor det er tvivlsomt, hvorvidt det omhandlede befinder sig i den angivne persons værge. Vægrer en part sig for at fremlægge de skriftlige bevis, eller har han forsætlig ved ødelæggelse eller lignende gjort fremlæggelsen umulig, antages, medmindre det modsatte bevises, skriftet at indeholde, hvad den anden part i saa henseende har anført, og, om denne ingen bestemt anførsel har gjort, hvad der er til gunst for hans paastand. Er der spørgsmaal om forhold, hvorover parten ikke er raadig, gjælder om denne, hvad oven om tredjemand er bestemt.»

[10] Bestrides dette, maa det bevises paa almindelig maade. — Udk. til r. l. kap. XVIII § 6 har følgende bestemmelse: «Benegter den angivelige besidder besiddelsen, eller paastaar han ikke eller ialfald ikke uden uforholdsmæssigt besvær at kunne finde skriftet, eller gjør han gjældende grunde, hvorfor han formener ikke at burde tilpligtes at fremlægge det eller alene at burde tilpligtes at fremlægge det i afskrift eller til delvis gjennemsyn, afgjøres spørgsmaalet ved rettens kjendelse. Dog kan besidderen modsætte sig, at hans forpligtelse til fremlæggelse afgjøres paa denne maade, saafremt den afhænger af et omtvistet retsforhold.»

[11] Jfr. iøvrigt Schweigaard I p. 562 ff.

relse, har en tinglig eller obligatorisk ret hertil.[12] Dog synes man berettiget til at opstille den regel, at enhver ting, den enten i sin helhed eller med hensyn til en enkelt egenskab (feil, beskadigelse, kvalitet, kvantitet) er processens gjenstand, kan forlanges stillet under saadanne forholde, at den kan besigtiges af retten eller af et i anledning af sagen optaget retsligt syn eller skjøn. Det maa dog, forsaavidt dette foranlediger omkostninger, kunne kræves, at disse bæres af den part, der forlanger editionen. Nogen pligt for personer til at lade sig undersøge i anledning af en retssag bestaar i intet tilfælde. Om den maade, hvorpaa editionspligten fremtvinges, gjælder tilsvarende forskrifter som ved dokumenter.

§ 128.

d) Om retslig granskning, særlig om aastedsbefaring, samt om kartforretninger.[1]

I. Ved benyttelsen af de reelle bevismidler (derunder indbefattet besigtigelse af selve tvistens gjenstand) kan der blive tale om en af følgende fremgangsmaader:

1) Der optages et retsligt syn eller skjøn, hvis resultat dommeren lægger til grund for sin afgjørelse.

2) Der foretages en besigtigelse af sagkyndige (f. ex. læger, kemikere), der fremlægger resultatet, ikke i form af en retslig granskningsforretning,[2] men i form af en vidneforklaring eller en skriftlig erklæring.

3) Retten danner sig selv umiddelbart sin mening ved egen besigtigelse af tingen.

I civilprocessen, hvor bevisumiddelbarheden ikke principielt er gjennemført, haves ingen udtrykkelig forskrift,

[12] Udk. til r. l. kap. XVI § 11 overlader det til rettens afgjørelse, i hvilken udstrækning der skal paalægges pligt til at fremvise, forelægge eller gives adgang til gjenstande, som skal synes eller granskes, og anvender paa denne edition analogisk de for edition af dokumenter gjældende regler.

[1] Schweigaard II §§ 152 og 154 jfr. I p. 587—8.

[2] Jfr. foran p. 560—1.

svarende til strpl. § 332, hvorefter granskning, der ikke udkræver særlig sagkyndighed, bør foretages af selve domstolen, hvor dette kan ske uden overveiende ulempe.[3] Det vil vistnok være naturligt og i parternes egen interesse, at dette iagttages, og at f. ex. dokumenter, vareprøver af ringe rumomfang o. lign. fremlægges i retten og, om muligt, følger sagens akter. Men dommeren har ikke efter vor gjældende civilprocesret i noget tilfælde adgang til paa embeds vegne at anordne umiddelbar granskning af ham selv, ligesaalidt som parterne i almindelighed har nogen ret til at forlange dette i anden form end ved fremlæggelse af gjenstanden i retten. Kræver forholdet, at dommeren begiver sig til et andet sted for at tage tingen i øiesyn, kan forretningen kun fremmes i de for retslige syn og skjøn anordnede former. Har parterne ikke sørget for at skaffe retten det fornødne materiale af reelle bevismidler, er følgen regelmæssig den samme som i andre tilfælde, hvor beviset er mangelfuldt. Den part, hvem bevisbyrden paaligger, taber sagen.

II. Om en enkelt art granskning gjælder imidlertid tildels særegne regler, nemlig om aastedsgranskning til rigtig forstaaelse af stedforholde. Herom har der paa grundlag af bestemmelsen i N. L. 1—16 udviklet sig følgende regler:

1) Enhver af parterne kan forlange, at der foretages aastedsbefaring, saafremt sagen overhovedet er af den beskaffenhed, at den egner sig til at modtage belysning ved en saadan. I denne henseende indeholder opregningen i N. L. 1—16 en veiledning. Sin hovedanvendelse har aastedsbefaringen i grænsetvister og aaverkssager (sager angaaende beskadigelse af grundeiendom).[4] Derimod er der ingen nødvendighed for aastedsbefaring i saadanne sager, hvor tvisten alene dreier sig om en rettigheds hjemmel.

Partens forlangende om aastedsbefaring kan fremtræde enten i form af en begjæring om berammelse af extraret til aastedsbefaringens fremme i forbindelse med de iøvrigt

[3] En lignende regel indeholder derimod udk. til r. l. kap. XVI § 2.
[4] Jfr. iøvrigt Retst. 1894 p. 29.

til en retslig synsforretnings fremme fornødne skridt, eller i form af en paastand om afvisning af sagen paa grund af, at aastedsbefaring er undladt. Den første form vil naturlig vælges af sagsøgeren; men i og for sig er der intet til hinder for, at indstevnte tilstevner aastedsbefaring, om end regelmæssig den sidstnævnte form for hævdelse af kravet paa aastedsbefaring for ham vil være naturligere. At der er fremlagt situationskart, antages ikke at gjøre aastedsbefaring unødig, naar modparten forlanger saadan, idet N. L. 1—16 ingen undtagelse opstiller.[5] Det kan ogsaa siges, at kartet forsaavidt ikke gjør aastedsbefaring praktisk overflødig, som i regelen baade vidner og meddomsmænd vil finde sig bedre tilrette paa aastedet end paa et kart.

2) Ogsaa retten kan af hensyn til eget tarv kræve aastedsbefaring, vistnok ikke i den form, at den paa embeds vegne kan foranstalte en saadan, hvor den maatte finde den paakrævet, men i den form, at den *ex officio* kan afvise sagen, hvor den uden aastedsbefaring ikke kan gjøre sig nogen klar forestilling om sagens sammenhæng og der ikke er fremlagt situationskart. Dette sidste er ikke nu længer i noget tilfælde paabudt i underinstansen, men overladt parternes forgodtbefindende.[6] Fremlægges kart, kan retten ikke paa embeds vegne afvise sagen af hensyn til manglende aastedsbefaring, da jo i ethvert tilfælde overretterne maa dømme udelukkende paa grundlag af kart.[7]

3) I de tilfælde, hvor sagen skal paadømmes af meddomsret,[8] er det nødvendigt, at aastedsbefaringen foretages af retten selv. Fremgangsmaaden er her, at der stevnes til en af dommeren berammet extraret paa aastedet, hvor

[5] Jfr. dog Retst. 1898 p. 577 ff., hvor det tillige lagdes vægt paa, at aastedsbefaring efter omstændighederne maatte formodes at være uden nytte.

[6] Anderledes efter frdn. 31 marts 1719 § 4, der imidlertid er tilbagekaldt ved reskr.rne 9 novbr. 1781, 13 juli 1787 og 15 marts 1799 undtagen for Akershus, hvor det imidlertid ei ansees gjældende; Retst. 1845 p. 694, 1847 p. 436; Schweigaard II p. 138.

[7] Jfr. Retst. 1862 p. 81 ff.

[8] Jfr. foran p. 161.

sagen anhængiggjøres, og hvor syn og skjøn foretages. I dette sidste deltager overensstemmende med de almindelige regler for syn og skjøn ikke dommeren, men alene meddomsmændene. Ogsaa vidneførselen foregaar paa aastedet, hvis den knytter sig til en paavisning af stedforhold. Naar aastedsbefaringen er tilendebragt, udsættes sagen til fortsat behandling ved de ordinære ting.

Hvor aastedsbefaringen ikke staar i forbindelse med en sag, der bliver at paadømme af meddomsret, men udkræves f. ex. i anledning af aaværk paa grundeiendom, kan den foretages som en almindelig synsforretning. Det er kun i det under 2) omhandlede tilfælde, at den maa foretages af den dømmende ret selv. I andre tilfælde kan den foretages for en anden dommer. Det er heller ikke her nogen nødvendighed, at selve sagen indledes ved aastedsbefaring, idet mangelen paa en saadan kan afhjælpes under sagen, og derved dennes afvisning hindres.[9]

4) Aastedsbefaringens resultater kan angribes paa samme maade som syn og skjøn i almindelighed.[10] Er den udført af retten, skal den derhos efter frdn. 11 aug. 1797 § 27 kunne indankes for tvende af amtmanden opnævnte aastedskommissarier.[11] Dette kan dog først ske, efter at dom er falden, medens appel til oversyn overensstemmende med de almindelige regler kan ske under sagens behandling ved underretten.

III. I de samme tilfælde, i hvilke aastedsbefaring er nødvendig i underinstansen, er fremlæggelse af situationskart nødvendig i overinstansen; og undladelse heraf har samme følge som ved underretten undladelse af aastedsbefaring.[12] Om saadanne situationskarter bestem-

[9] Strengt taget, gjælder det samme ogsaa, hvor sagen hører under meddomsret, saafremt den er anlagt i den rette jurisdiktion, og meddomsmænd fra først af er opnævnte; men dette vil netop regelmæssig ikke være tilfældet, hvor sagsøgeren fra først af ikke har anseet aastedsbefaring nødvendig.

[10] Jfr. foran § 120.

[11] Jfr. iøvrigt Schweigaard II p. 121.

[12] Jfr. forøvrigt Retst. 1876 p. 611 og 753, 1895 p. 273 og 1898 p. 777, hvor afvisningspaastand paa grund af manglende situationskart forkastedes, fordi retten fandt uden saadant at have tilstrækkeligt materiale til at danne sig en begrundet mening om sagen.

mer reskr. 9 novbr. 1781 § 4 og instr. 7 decbr. 1785 (for Bergens stift) og de parallelle, med det første ligelydende reskr.r 13 juli 1787 og 15 marts 1799, at der bliver at afholde en kartforretning, der udføres af en af amtmanden beskikket[13] amtskonduktør under tilkaldelse af tvende kartvidner. Til denne maa modparten stevnes.[14] Et paa denne maade forfærdiget kart bliver efter reskr. 1781 § 5 uangribeligt, naar der ingen indvending er fremkommen 4 uger, efterat det vidnefast er forevist modparten. Fremkommer der indsigelse mod kartet, maa det af dommeren paa selve aastedet kontrolleres (reskr. 1781 § 5 jfr. instr. 1785 § 18). Gjøres der ikke indvending mod kartets rigtighed, men dette ønskes fuldstændiggjort, kan modparten lade optage kontrakart. — Nødvendigheden af en særegen kartforretning overensstemmende med de her fremstillede regler bortfalder, naar der mod et paa anden maade tilveiebragt kart ingen indvending fremkommer under sagen.[15] Dette er i retsbrugen det hyppigste, hvorfor særegne, formelige kartforretninger ikke er meget hyppige.

[13] Jfr. res. 13 febr. 1816.

[14] Efter reskr. 9 novbr. 1781 § 4 skulde tillige dommeren og de mænd, der havde været med ved aastedsbefaringen i underinstansen, stevnes; men dette bud maa ansees bortfaldt ved l. 4 juni 1892 § 41.

[15] Jfr. her Retst. 1896 p. 575 ff., hvor afvisningspaastand paa grund af manglende situationskart forkastedes, fordi amtskartet gav fornøden veiledning. — Jfr. derimod Retst. 1889 p. 253, hvor det fremlagte rids ansaaes utilstrækkeligt.

TREDJE UNDERAFSNIT

DOMMERHANDLINGER

§ 129.

DE FORSKJELLIGE ARTER DOMMERHANDLINGER. SÆRLIG OM RETSLIGE AFGJØRELSER[1].

I. Den mest fremtrædende side ved dommerens medvirkning i rettergangen bestaar i hans judicielle afgjørelser af de under samme opstaaende spørgsmaal, der dels vil angaa selve det retsforhold, der er processens gjenstand, dels procesforudsætninger, dels de øvrige processuelle betingelser for fremme af enkelte rettergangsskridt (spørgsmaal om vidnepligt o. lign.), dels endelig akcessoriske krav, hvortil processen giver anledning (procesomkostninger og andet ansvar i anledning af rettergangen). Til disse retslige afgjørelser er imidlertid dommerens virksomhed ikke indskrænket. Hans procesledelse fremtræder, som den foregaaende fremstilling vil have vist, i en række handlinger, der ikke har karakteren af retsdekreter: han berammer retsmøderne, hvor disse ikke skal holdes til paa forhaand fastsatte tider; han giver parter, vidner og skjønsmænd ordet, modtager deres forklaringer og besørger disse nedtegnede i retsbogen; i visse tilfælde af den extraordinære civilproces indkalder han parter og vidner. Ogsaa denne side af dommerens virksomhed er

[1] Schweigaard II §§ 135, 138, 139, 143; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 160, 165—170; Deuntzer Civilproces § 49. Se ogsaa til sammenligning Forelæsningerne over straffeproces § 95.

gjenstand for prøvelse af overordnet instans efter de om appel gjældende regler[2]; og den kan give anledning til virkelige judicielle afgjørelser, naar saadanne af parterne forlanges (f. ex. negtelse af at beramme et retsmøde, af at give en part ordet eller protokollere en udtalelse).

For retslige afgjørelser i egentlig forstand gjælder som undtagelsesfri regel, at de maa træffes af dommeren i siddende ret, d. e. i et retsmøde, der afholdes under tilkaldelse af retsvidner[3]. Det er ikke nødvendigt, at parterne er tilstede i dette retsmøde, eller engang, at de specielt er underrettede om dets afholdelse[4].

Om udfaldet af en paakjendt retssag har retsskriveren strax at give parterne eller deres retsfuldmægtig underretning (spt.l. 6 aug. 1897 § 164, 2det led).

Andre dommerhandlinger end retslige afgjørelser er ikke bundne til særlige ydre former.

II. De retslige afgjørelser er dels domme dels kjendelser (eragtninger). Til de første henføres i civilprocessen afgjørelser, der i en domssag afslutter den hele sagsbehandling, medens alle andre afgjørelser benævnes kjendelser. Denne terminologi adskiller sig navnlig forsaavidt fra den paa straffeprocessens omraade fastslaaede (jfr. strpl. § 167), som ogsaa en afgjørelse, hvorved den hele sag afvises, betegnes som dom, medens i straffeprocessen denne betegnelse er forbeholdt retsdekreter, hvorved selve sagens realitet afgjøres. Afgjørelser, hvorved et enkelt rettergangsskridt afvises, eller hvorved en fremsat afvisningspaastand forkastes, er kjendelser.

I det ydre træder forskjellen mellem domme og kjendelser frem deri, at konklusionen ved de første indledes

[2] Jfr. Anden del p. 22—3; Getz Paaanke p. 32—3.

[3] N. L. 1—5—13; 1—7—1 jfr. l. 28 aug. 1854 § 16; foran § 41, II; Schweigaard II p. 48. Hvor afgjørelse ikke træffes paa stedet i umiddelbar tilknytning til den forudgaaende retsforhandling, er det sædvanligt, at der til retsdekretets afsigelse sættes ret paa dommerens kontor. Det er isaafald, som omtalt p. 356 almindeligt, at dekretet, hvis dette er en dom, «aflæses» ved næstfølgende ordinære ting. Sædvanligvis oplæses blot konklusionen.

[4] Strengt taget skulde dette efter analogien af frdn. 19 aug. 1735 § 8 ske. Jfr. iøvrigt Schweigaard II p. 50—1.

med ordene «ti kjendes for ret», ved de sidste med ordene «ti eragtes». Men anvendelsen af disse kunstudtryk kan ikke antages at have nogen betydning for afgjørelsens gyldighed. Der knytter sig heller ikke til den her omhandlede sondring saaledes som til den tilsvarende i straffeprocessen (jfr. strpl. §§ 378 og 407) nogen forskjel i henseende til afgjørelsens paaanke. Sondringen gjør sig i nogen grad gjældende ved spørgsmaalet om nødvendigheden af at begrunde afgjørelsen (se næste numer); men iøvrigt har den væsentlig terminologisk betydning.

Ved skifteretterne benyttes udtrykket decision om de materielle afgjørelser, altsaa i samme betydning som ellers domme.

III. Dommeren har at træffe sin afgjørelse saa snart som muligt. For kjendelsers vedkommende er der i denne henseende ikke sat nogen bestemt frist; og kautelet mod utilbørlig forhaling fra dommerens side ligger her væsentlig i strl. § 324. For dommes vedkommende gjælder derimod som hovedregel, at de skal afsiges inden 6 uger fra sagens optagelse; se N. L. 1—5—8, der iøvrigt — skrevet, som den er, under forudsætning af en væsentlig mundtlig rettergang — indeholder et paabud om den hele sagsbehandlings tilendebringelse i løbet af det nævnte tidsrum, et bud, der imidlertid under skriftlighedens og forhandlingsmaximens udvikling umulig kunde gjennemføres og derfor i retsbrugen — der stadfæstedes ved den senere lovgivnings egne forudsætninger (se navnlig frdn. 3 juni 1796 § 23) — gik over til at blive et bud alene for domsafsigelsen[5].

Om dette bud bemærkes iøvrigt:

1) Efterat der ved retsbrugen er indført adgang til at afsige dommene ved en paa dommerens kontor sat extraret (jfr. foran), kan undladelse af at efterkomme budet ikke undskyldes ved, at der i løbet af de 6 uger ikke forekommer noget ordinært ting.

2) Fristens oversiddelse skal efter lovstedet i følgende tilfælde ingen følge have for dommeren: a) naar domme-

[5] Jfr. Schweigaard II p. 46—7, noten; Nellemann l. c. p. 827 ff.; Deuntzer l. c. p. 320—1.

ren har lovligt forfald, i hvilken henseende ogsaa de øvrige, dommeren paaliggende forretninger kan komme i betragtning[6], b) naar begge parter samtykker. Heri ligger, at ansvaret for dommeren alene opstaar, naar paastand om straf fremsættes af nogen af parterne. Imidlertid maa i saa henseende nu bemærkes, at l. 4 juni 1892, uafhængig af parternes vilje, har gjort retspleiens hurtige gang til et offentligt formaal (jfr. navnlig lovens § 27, hvis straffetrusel imidlertid ikke er direkte anvendelig paa dommerens udsættelse med at paadømme sagen), og at dommeren derfor kan paadrage sig ansvar efter strl. § 324, hvis han har vist utilbørlig sendrægtighed i sagens paadømmelse[7].

3) Straffen for overtrædelse af budet i N. L. 1—5—8 bliver nu at søge i str.l. § 324.[8] Lovbogens straf idømtes kun af overordnet ret og forudsatte saaledes, at sagen indbragtes for denne; men efter den nye straffelov maa de almindelige paataleregler her komme til anvendelse.

IV. En særegen, lidet praktisk regel for domsafsigelsen findes i frdn. 30 september 1778, hvorefter dommeren skal paa en og samme dag paadømme rene og klare gjældssager, der ligeoverfor samme debitor er paastevnte til en og samme tingdag.

V. Der findes ingen almindelig forskrift om, at retslige afgjørelser skal forkyndes for parterne. Forsaavidt angaar domme, der er gjenstand for tvangsfuldbyrdelse, er forkyndelse imidlertid efter frdn. 19 aug. 1735 § 7 den regelmæssige betingelse for exekution[9]. Iøvrigt har derimod forkyndelsen ingen betydning for dommens virkning[10].

[6] Jfr. iøvrigt Retst. 1838 p. 772; 1841 p. 269; 1884 p. 785; 1885 p. 501; 1889 p. 57.

[7] I beneficerede sager prøver overinstansen altid *ex officio* dommerens forhold jfr. frdn. 3 juni 1796 § 35 jfr. § 39.

[8] Jfr. Mot. til l. om den borgerl. str.l s ikrafttræden p. 20, 1ste spalte.

[9] Se nærmere herom § 177 (Anden del p. 271—2).

[10] Se dog Getz Paaanke p. 174, hvor det er antaget, at visse virkninger af dommen (f. ex. et ægteskabs opløsning) først indtræder ved dens forkyndelse; men mod denne lære, der vistnok ikke er antagen i vor retsbrug, er gjort beføiet indsigelse af Deuntzer i Tidsskr. f. retsv. 1888 p. 354.

En formelig forkyndelse af dommen udgaar altid fra den part, i hvis interesse en saadan er; og dette vil ved domme, der efterlader noget at fuldbyrde, være den, hvem noget ved dommen er tilkjendt. Om forkyndelsens former findes reglerne i l. 4 juni 1892 § 1 ff. (se foran § 77).

VI. Retten er bunden ved sin afgjørelse fra det øieblik, den er afsagt i retsmødet. Efter dette tidspunkt kan ingen forandringer foretages i den. Dog maa skriv- eller regnefeil og lignende aabenbare inkurier kunne rettes[11].

§ 130.

FORTSÆTTELSE. OM RETSLIGE AFGJØRELSERS BEGRUNDELSE OG OM SONDRINGEN MELLEM PRÆMISSER OG KONKLUSION[1].

I. Det er den praktisk gjældende regel, at domme skal begrundes. Denne regel er egentlig ikke kommen til noget klart udtryk i lovgivningen, idet forskriften i N. L. 1—5—13 og 1—8—6 om, hvad der skal «indføres i dommen» beror paa den opfatning, at dommen tillige skulde være domsakt[2] og som saadan danne grundlaget for sagens behandling i appelinstansen. Hvad de nævnte lovsteder kræver, er derfor en gjengivelse af, hvad der i retten er forhandlet i sagen, ikke en meddelelse af de grunde, der har været bestemmende for dommeren ved sagens afgjørelse[3]. Det var imidlertid allerede paa lovbogens tid brug, at dommerne ogsaa gjorde forsøg paa at motivere domsudslaget[4]. Og dette blev mere og mere almindeligt, efterhvert som paa den ene side evnen hertil udvikledes, og paa den anden side skriftlighedens gjennemførelse bevirkede, at man ikke til brug for ankeinstansen nøiede sig med et uddrag af det fremlagte og forhandlede, men krævede, at akten skulde indeholde en

[11] Se forøvrigt § 135, VII, 2 (Anden del p. 11).

[1] Schweigaard §§ 138—9; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 166—8; Deuntzer Civilproces p. 321 ff.

[2] Jfr. om dette begreb foran p. 214.

[3] Jfr. Nellemann l. c. p. 884 ff.

[4] Jfr. Nellemann l. c. p. 884—5.

nøiagtig afskrift af alle sagens dokumenter, og derfor sondrede skarpere mellem dommens og domsaktens indhold. Og lidt efter lidt gik det over til at blive en sædvansmæssig fastslaaet forstaaelse af de nævnte artikler i lovbogen, at domme maa være ledsagede af domsgrunde. Mangelen af saadanne antages dog ikke i civilprocessen at medføre dommens ugyldighed[5], men alene straf efter str.l. § 324 (den mulkt af 20 lod sølv, der anordnedes i N. L. 1—5—13 er bortfaldt ved l. om str.l.s ikrafttræden § 3).

For kjendelser antages budet om begrundelse ikke at have den samme bindende karakter[6], om det end er sædvanligt ogsaa her at give præmisser i tilfælde, hvor det spørgsmaal, der afgjøres, overhovedet frembyder nogen tvivl. For kjendelser angaaende udsættelse er det dog i l. 4 juni 1892 § 25 foreskrevet, at de altid kortelig skal begrundes.

For høiesteret gjælder særegne regler. Efter l. 30 mai 1891 § 6 skal retten i skriftlige sager give en kort fællesbegrundelse. I mundtlige sager forekommer derimod regelmæssig ingen saadan (se høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 26). Kun skal efter dette lovsted ved sagens hjemsendelse til fornyet behandling af den underordnede ret de mangler angives, som bliver at rette eller afhjælpe, og ved afvisning grundene.

II. Nødvendigheden af at begrunde en retslig afgjørelse medfører ikke i og for sig nødvendigheden af en i afgjørelsens ydre form fremtrædende adskillelse mellem resultatet og de grunde, hvorpaa det er bygget; og lovbogen forstodes oprindelig heller ikke paa den maade, at den medførte en ydre sondring mellem dommens præmisser og dens konklusion[7]. Det sees imidlertid let, at en saadan adskillelse anbefaler sig ved sin hensigtsmæssighed; og i tidens løb har sondringen ved fældende domme faaet den retslige betydning, at tvangsfuldbyrdelsen

[5] Jfr. derimod strpl. § 393, nr. 6.

[6] Jfr. derimod strpl. § 168; udk. t. d. o. § 258.

[7] Jfr. Nellemann l. c. p. 890, hvor det paavises, at udtrykket «dommens slutning» i N. L. 1—5—16 ikke betyder det samme, som nu kaldes domskonklusion.

sker efter konklusionen[8], og at, hvad der ikke er optaget i denne, overhovedet ikke kan inddrives ved tvang, selv om det er omtalt i præmisserne (f. ex. renter eller procesomkostninger, hvis omtale i konklusionen er forglemt). I hvilken form konklusionen har at give anvisning paa tvangsmidlet, vil iøvrigt blive omhandlet nedenfor i § 134. Her skal noget nærmere paavises, hvorledes stoffet i en dom fordeles mellem præmisser og konklusion[9].

Ved kjendelser indeholder præmisserne kun en begrundelse i egentlig forstand d. e. angivelse af de grunde, der har bestemt udslaget, uden nogen nærmere redegjørelse for hele sagen. Ved domme er det derimod det sædvanlige, at præmisserne indledes med en redegjørelse for sagens faktiske sammenhæng (*historia facti*) og de tvistepunkter mellem parterne, der har været gjenstand for procedyren. En saadan redegjørelse forudsættes i N. L. 1—5—13; og om forskriften ikke længer som paa lovbogens tid, da dommen gjorde tjeneste som domsakt, ansees gjældende, forsaavidt som der fordres indtagelse i dommen af alle «parternes bevisninger», og endnu mindre nu længer en redegjørelse for selve processens gang (*historia processus* jfr. N. L. 1—8—6) er paa sin plads, saa er dog budet om en fremstilling af sagens faktum fremdeles i kraft. Dette fremgaar ogsaa af l. 31 mai 1890 § 3, der for overretterne foreskriver, at de ikke behøver i sine domme at give en fuldstændig fremstilling af sagens sammenhæng, med mindre en saadan fremstilling ikke tidligere er given

[8] Jfr. allerede frdn. 19 aug. 1735 § 5: «Dommens slutning, hvorefter exekutionen sker».

[9] Smlgn. iøvrigt til belysning af det følgende exemplet p. 80—82. Jfr. udk. til d. o. § 238: «En dom skal i skriftlig udfærdigelse indeholde: 1) betegnelse af retten og af dommernes navne, af tid og sted for domsafsigelsen, 2) betegnelse af parterne med nøiagtig angivelse af navn, stilling, bopæl og partsstilling samt af deres stedfortrædere og procesfuldmægtige, 3) en kort fremstilling af sagens gjenstand i henhold til parternes paastande, 4) afgjørelsesgrunde, 5) domsslutning. — Afgjørelsesgrundene, der altid maa holdes ud fra fremstillingen af sagens gjenstand som fra domsslutningen, maa indeholde en bestemt og udtømmende angivelse af det sagsforhold, hvorpaa retten bygger sin afgjørelse».

eller den givne fremstilling er mangelfuld, hvorimod det skal være tilstrækkeligt, at der kortelig angives, hvad der er fornødent for at begrunde domsslutningen. — Kravet paa en saadan faktisk fremstilling har den reelle betydning, at det tvinger dommeren til klart og skarpt at stille sig sagens kjerne for øie, og at det letter kontrollen med, om han har overseet noget væsentligt punkt.

Hvad den egentlige domsbegrundelse — den argumentative del af dommen — angaar, kan fordringerne til den udtrykkes i den sætning, at dommeren a) paa den ene side har at udtale alt, hvad der er fornødent for at begrunde det resultat, hvortil han kommer, men paa den anden side b) heller ikke i videre udstrækning end fornødent for dette øiemed behøver at udtale sig om det under sagen mellem parterne forhandlede[10].

Ad a) Ved den første del af sætningen er væsentlig kun at bemærke som en modifikation i regelen, at det ikke ansees nødvendigt at gjøre saadanne akcessoriske punkter ved sagens afgjørelse som renter og procesomkostninger til gjenstand for nærmere begrundelse, naar de ikke har været særlig omprocederede.

Ad b) I denne del af sætningen ligger, at dommeren ikke behøver at udtale sig om alle de af parterne fremførte angrebs- og forsvarsmidler, men kun om dem, som han finder afgjørende for resultatet. Har sagsøgeren grundet sin eiendomspaastand saavel paa hævd som paa derivativ erhvervelse, kan dommeren undlade at udtale sig om den første søgsmaalsgrund, naar han finder den sidste klar. Har indstevnte bygget sin frifindelse saavel paa, at den gjæld, der indtales, aldrig har existeret, som paa, at den er betalt eller præskriberet, kan dommeren lade den ene indsigelse uomtalt, naar han finder den anden bevist[11]. Det vil imidlertid sees, at denne fremgangsmaade ikke i alle tilfælde vil være lige naturlig. Det vil saaledes ikke være naturligt at grunde frifindelse paa betaling eller præskription uden at undersøge, om den gjæld, der antages betalt eller præskriberet, overhovedet har existeret

[10] Jfr. Schweigaard II p. 24.

[11] Jfr. Retst 1885 p. 432; 1887 p. 654.

medens det omvendt er naturligt, at spørgsmaalet om betaling eller præskription ikke opkastes, naar gjælden ikke antages nogensinde at have existeret. At dommeren har bygget sin afgjørelse paa et forsvars- eller angrebsmiddel, der efter sin natur har en subsidiær karakter, er dog kun en logisk, ingen retslig feil ved dommen. At parterne selv har stillet sine angrebs- eller forsvarsmidler i et subsidiært forhold til hverandre, har i intet tilfælde nogen bindende betydning for dommeren.

Foruden begrundelsen er det det sædvanlige og naturlige, at præmisserne ogsaa nævner det resultat, som ved dem begrundes[12]. Præmisserne indeholder saaledes i almindelighed den hele dom; og konklusionen faar ved siden heraf væsentlig karakteren af et kortfattet resumé af domsresultatet. Ved domme, der efterlader noget at fuldbyrde, indeholder den i almindelighed kun en angivelse af det, der under tvangstrusel bliver at udføre af indstevnte[13], og ved frifindende domme kun en udtalelse om, at indstevnte frifindes[14]. I begge tilfælde mangler saaledes i konklusionen regelmæssig enhver angivelse af det retskrav, der under sagen er bleven paadømt, idet dette alene vil fremgaa af præmisserne, i hvilke man saa-

[12] Om tilfældige bestanddele af domspræmisserne, der kan forekomme i enkelte sager (f. ex. bevidnelse af sagsbehandlingens forsvarlighed i beneficerede sager), se senere afsnit jfr. Schweigaard II p. 28.

[13] F. ex.: «A. B. bør til C. D. betale 1000 kroner med 5 af hundrede i aarlig rente deraf fra 1 april 1894, indtil betaling sker, samt nærværende søgsmaals omkostninger med 70 kroner. At efterkommes inden 15 dage efter denne doms forkyndelse under adfærd efter loven.» Eller: «A. B. bør under en daglig løbende mulkt af 5 kroner til Kristiania bykasse for hver dag, han sidder denne dom overhørig, borttage det stængsel, der af ham er anbragt for den under sagen omhandlede vei. Processens omkostninger ophæves. At efterkommes o. s. v.» — Mangler en saadan angivelse i domskonklusionen, bliver dommen ugyldig, selv om det fornødne fremgaar af præmisserne; se Retst. 1900 p. 129. Derimod kan konklusionen ogsaa i denne henseende suppleres ved henvisning til præmisserne; jfr. exempelvis Retst 1899 p. 304: «Opgjøret mellem X. og Y. bliver at foretage i overensstemmelse med de i domspræmisserne opstillede regler og principer».

[14] «A. B. bør for C. D.s tiltale i denne sag fri at være».

ledes maa søge oplysninger om, hvad der med retskraft er afgjort ved dommen[15].

Ved fastsættelsesdomme vil vistnok i regelen det retskrav, hvis tilværelse eller ikke-tilværelse skal fastslaaes ved dommen, maatte angives med tilstrækkelig tydelighed i konklusionen. Men ogsaa her vil det dog kunne blive nødvendigt at supplere denne ved henvisninger til sagens dokumenter, saaledes f. ex. hvor der handles om fastsættelsen af en grænselinje, hvis nøiagtige beskrivelse i domskonklusionen vilde belemre denne for stærkt[16]. Lignende henvisninger vil ogsaa ofte være nødvendige ved formulering af edstemaet i edsdomme[17] saavelsom ved angivelsen af skjønsgjenstanden i domme, der giver anvisning paa efterfølgende skjøn.

Hvor dommen dels er frifindende dels fældende, bør konklusionen give udtryk herfor[18]. Ligeledes bør den, hvor der fra indstevntes side er reist modsøgsmaal, give udtryk ogsaa for dettes udfald[19].

Parterne bør i konklusionen angives med navne, ikke blot med de henvisende betegnelser «sagsøger» og «indstevnt».

§ 131.

FORTSÆTTELSE. SÆRLIG OM FORHOLDET NAAR RETTEN BESTAAR AF FLERE MEDLEMMER.

I. Hvor retten bestaar af flere medlemmer, er regelen, at de samtlige deltager i de retslige afgjørelser, hvortil sagen giver anledning, medens det er r e t t e n s f o r m a n d, der foretager de udenretslige dommerhandlinger, hvortil

[15] Jfr. iøvrigt nedenfor § 133.

[16] F. ex.: «Den paa det under sagen fremlagte kart med punkterne a. b. c. betegnede linje».

[17] Jfr. foran p. 494, note 11 og 506, note 2.

[18] F. ex.: «A. B. bør til C. D. betale 1000 kroner, men forøvrigt for hans tiltale i denne sag fri at være». Jfr. iøvrigt S c h w e i g a a r d II p. 31.

[19] F. ex.: «C. D. bør for A. B.s tiltale i denne sag fri at være. A. B. bør til C. D. betale o. s. v.»

sagen giver anledning (saasom indkaldelser, berammelser), og i hvis haand den ydre ledelse af retsforhandlingen samt af domstolens overlægninger og stemmegivning ligger (han giver de optrædende ordet, leder vidneafhørelsen, protokollationen o. s. v.)[1], ligesom det er ham, hvem den formelle affatning af dommen paahviler. De øvrige dommere vil dog altid kunne øve indflydelse paa hans udførelse af disse pligter, idet de, hvor de er uenige om en foranstaltning, kan kræve, at spørgsmaalet optages til votering[2].

II. At der forud for rettens afgjørelse skal gaa en raadslagning mellem dens medlemmer, er foreskrevet i l. 30 mai 1891 § 6 for skriftlig behandlede høiesteretssager[3]. I alle andre tilfælde er det overladt retten, om den vil holde saadan raadslagning (jfr. l. 11 april 1863 § 3, hvorefter en raadslagning for lukkede døre kan gaa forud for høiesterets afstemning i mundtlige sager). Det almindelige er, at raadslagning holdes.

Stemmegivningen[4] foregaar i høiesteret i den orden, der bestemmes ved lodtrækning, dog saaledes, at rettens formand altid voterer sidst (jfr. dog l. 12 septbr. 1818 § 23). Den sidste regel iagttages ogsaa i andre retter. Derimod benyttes ikke udenfor høiesteret i civile sager lodtrækning[5]. Ved de faste kollegiale retter afgjøres det efter en vis af formanden opstillet forretningsfordeling, i hvilken række-

[1] Jfr. høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 4; frdn. 11 aug. 1797 §§ 10 og 25.

[2] Jfr. iøvrigt til sammenligning Forelæsningerne over straffeproces § 36. En til strpl. § 170 svarende forskrift findes ikke paa civilprocessens omraade. Se derimod udk. til d. o. § 263: «Hvor en ret, bestaaende af flere dommere, under en retssag skal fatte en afgjørelse, der ikke efter sin art henhører til domsforhandlingen eller paadømmelsen, sker afgjørelsen, hvor intet andet er bestemt, af rettens formand, naar retten ikke er samlet.»

[3] Jfr. ogsaa strpl. § 162. — Udk. til d. o. § 230 foreskriver raadslagning i civile sager, saafremt der handles om en bestridt paastand eller det forlanges af noget retsmedlem.

[4] Jfr. med det følgende Schweigaard § 144; Anden del p. 114—5 samt Forelæsningerne over straffeprocessen § 37 og den der i note 1 citerede litteratur.

[5] Jfr. derimod strpl. § 163 og udk. til d. o. § 231.

følge der skal voteres. I retter, der bestaar af lægmænd ved siden af en fast dommer, voterer i almindelighed denne først.

For selve stemmernes afgivelse kan tvende principer tænkes anvendte: Enten forelægger formanden de voterende bestemte spørgsmaal (voteringstemaer), hvorom der afstemmes; eller de voterende afgiver sin stemme i form af en samlet, spontan udtalelse om de ved sagen fremkaldte spørgsmaal, uden at disse formuleres af formanden. Den første fremgangsmaade er den for straffeprocessen paabudte[6], medens den sidste, der forudsættes i høiesteretsl. 12 septbr. 1818 § 23 (jfr. l. 8 septbr. 1842 § 5), anvendes ved høiesteret (saavel i civile som kriminelle sager) samt ved alle andre retter i civile sager.

Stemmegivningen er ikke endelig bindende, før dommen er oplæst i retsmødet, og indtil dette punkt kan enhver af de voterende forandre sit votum[7].

Hvor stemmegivningen viser uenighed mellem de voterende, er hovedregelen, at dommen besluttes efter de fleste stemmer, og at, hvor stemmerne staar lige paa begge sider, formandens stemme gjør udslaget (N. L. 1—5—30)[8]. Denne regel sigter væsentlig kun til det tilfælde, at der for et bestemt domsresultat foreligger en absolut majoritet af samtlige voterende (ligegyldigt forøvrigt, om minoriteten udgjøres af ensartede eller forskjellige vota). Den kan derimod ikke anvendes saaledes, at resultatet, hvor stemmegivningen viser flere end 3 meninger, skulde kunne bestemmes efter den relative majoritet (at f. ex., hvor af 7 dommere 2 stemmer for resultat *a*, 2 for *b*, 3 for *c*, dette sidste skulde blive dom). Er der ikke absolut majoritet for et domsudslag, opstaar vanskeligheder, der ikke kan løses ved en enkelt regel. Man maa i det hele med hensyn til stemmernes beregning sondre mellem tilfældene:

[6] Se strpl. § 163, se ogsaa udk. til d. o. § 231.

[7] Se § 129, VI l. 12 septbr. 1818 § 23 jfr. instr. 14 januar 1688 § 1.

[8] Jfr. ogsaa N. L. 1—7—1; instr. 14 januar 1688 § 1; frdn. 11 aug. 1797 §§ 10 og 25; l. 12 septbr. 1818 §§ 25 og 26.

Ved spørgsmaalet om procesforudsætningernes tilstedeværelse maa man gaa ud fra, at enhver saadan formel betingelse for sagens fremme maa antages at foreligge, naar et flertal af dommerne har fundet den at være tilstede. Der kan saaledes ikke finde afvisning sted (eller i overordnet ret ophævelse af underrettens dom og hjemvisning af sagen til ny behandling), selv om et flertal af dommerne er enigt om afvisningen eller hjemvisningen, naar der ikke er absolut flertal for nogen enkelt afvisnings- eller hjemvisningsgrund, saaledes hvor af tre dommere den ene vil afvise sagen paa grund af mangler ved stevnemaalet, den anden, fordi han antager, at sagen hører for et andet værneting.[9]

Den dommer, der har stemt for afvisning eller hjemvisning, men er bleven overstemt, har at afgive stemme ogsaa for realiteten. Dette er for høiesterets vedkommende udtrykkelig udtalt i l. 12 septbr. 1818 § 25, der maa forstaaes saaledes, at regelen maa iagttages ogsaa, hvor der, bortseet fra det for afvisning (hjemvisning) afgivne votum, er absolut majoritet for et bestemt realitetsresultat. I denne form anvendes regelen ogsaa ved andre kollegiale retter.[10]

Hvor der foreligger afvigende vota med hensyn til realiteten, maa man ved stemmernes beregning gaa ud fra den hovedbetragtning, at det, der i en civil proces forelægges retten til afgjørelse, er spørgsmaalet om et bestemt borgerligt retskravs tilværelse eller ikke-tilværelse. Kun hvis dets tilværelse antages af en absolut flerhed af rettens

[9] Jfr. høiesteretsl. 1818 § 25, hvorefter dette resultat for hjemvisnings vedkommende ved høiesteret flyder af, at hjemvisningsgrunden skal angives. Men resultatet er lige sikkert i andre tilfælde, idet det flyder af, at afvisningen eller hjemvisningen kun er en forkortet form for rettens udtalelse om, at en procesforudsætning har manglet. Jfr. Forelæsningerne over straffeproces p. 173; Schweigaard II p. 59.

[10] Jfr. Retst. 1841 p. 492 ff., hvor en kommissionsdom blev kjendt uefterrettelig, fordi det ene af kommissionens medlemmer, der havde stemt for afvisning, intet realitetsvotum havde afgivet. Jfr. udk. til d. o. § 231, sidste led: «Intet af rettens medlemmer kan negte deltagelse i afstemningen over et følgende spørgsmaal, fordi han er overstemt med hensyn til et foregaaende.»

medlemmer, kan dom gives overensstemmende med sagsøgerens paastand.[11] Heri ligger for det første, at sagvolderen maa frifindes, hvor der er en flerhed af dommerne, som finder, at kravet ikke bestaar, selv om de kommer til dette resultat paa forskjellige grunde, saasom hvor af tre dommere den ene antager, at den paasøgte gjæld er betalt, den anden, at den er præskriberet.[12]

For det andet flyder af det opstillede hovedsynspunkt følgende sætning: Det er ikke nok til at begrunde et domsudslag overensstemmende med sagsøgerens paastand, at der er absolut flertal for denne paastands tilfølgetagelse, naar der med hensyn til begrundelsen af den gjør sig meningsforskjelligheder gjældende, der viser, at der ikke er absolut flertal for et bestemt, individuelt retskrav. Naar saaledes sagsøgeren har paastaaet sig tilkjendt et beløb af 1000 kroner og støtter dette krav dels paa, at sagvolderen har tilføiet ham skade af dette omfang, dels paa, at sidstnævnte i ethvert fald har lovet ham at betale

[11] Jfr. Schweigaard II p. 62, der med føie hævder, at ordene «end er lige mange stemmer paa begge sider» i N. L. 1—5—30 viser, at loven ikke har tænkt sig dom bygget paa mindre end det halve antal af de faldne vota.

[12] Jfr. Retst. 1892 p. 625: I et odelssøgsmaal frifindes indstevnte, idet tre af de voterende bifalder den indsigelse, at han kun var besidder i fremmed navn, en antog løsningsretten præskriberet, medens tre stemte for, at odelsløsningen skulde nyde fremme. — Der kan dog her være plads for tvivl om, hvad der skal gjælde, naar sagvolderen til sin frifindelse har paaberaabt sig en modstaaende ret. Har saaledes i et vindikationssøgsmaal af tre dommere den ene stemt for sagvolderens frifindelse, fordi han ikke anser sagsøgerens eiendomsret bevist, den anden, fordi han antager, at der tilkommer sagvolderen en fæsteret, medens den tredje vil give sagsøgeren medhold, kan der reises tvivl om, hvorvidt resultatet bør blive frifindende, idet det kan siges, at tvende voterende her har antaget den af sagsøgeren paastaaede eiendomsret begrundet, medens kun en har udtalt sig for den af sagvolderen paastaaede modret. Imidlertid kan heller ikke i et saadant tilfælde resultatet blive andet end frifindende, idet det ogsaa her gjælder, at det under denne sag reiste krav ikke af en flerhed af dommerne er fundet at være hjemlet. Ogsaa fra en anden side vil dette findes naturligt, idet under vor forudsætning den dommer, der har fundet, at sagsøgerens eiendomsret ikke var bevist, ikke har faaet anledning til at votere angaaende sagvolderens modret.

ham dette beløb, vil resultatet maatte blive frifindende, hvis der af rettens medlemmer ikke er et absolut flertal for antagelsen enten af skadetilføielsen eller løftet, uden at det kommer i betragtning, at der er et flertal for den nøgne konklusion, at sagvolderen bør betale sagsøgeren 1000 kroner, idet f. ex. af tre dommere en finder skadetilføielsen, en anden løftet bevist. Et krav paa 1000 kroner, bygget paa et løfte, er nemlig et ganske andet retskrav end et saadant krav, bygget paa skadetilføielse. Eller: Sagsøgeren har paastaaet sagvolderen tilpligtet at udlevere sig en ting, idet han bygger denne paastand dels paa, at han er eier af tingen, dels paa, at han har ret til den ifølge en kjøbekontrakt. Dommen maa her blive frifindende, hvis af tre dommere kun en finder hans eiendomsret bevist og en anden kjøbekontrakten, medens den tredje ikke finder nogen af delene godtgjort, uagtet de to første dommeres votum falder sammen i at paalægge sagvolderen at udlevere tingen. Ti et krav, grundet paa kjøb og salg (*actio emti*), er et andet retskrav end et, grundet paa eiendom (*rei vindicatio*).

Er der derimod flertal for antagelsen af et og samme identiske retskrav, kommer det ikke i betragtning, at de forskjellige dommere har bygget sin antagelse paa forskjellig opfatning, være sig af kjendsgjerninger eller retssætninger. Om saaledes af tre dommere de to er enige om, at sagsøgerens eiendomsret i en vindikationssag er begrundet, er det uden betydning, om den ene dommer antager eiendomsretten grundet paa hævd, medens en anden bygger den paa en legatarisk forføining. Ti identiteten af det retskrav, for hvis tilværelse der er flertal, berøres her ikke af de forskjellige antagelser med hensyn til dets oprindelse.[13] Endnu mindre kommer det selvfølgelig i betragtning, om der er uenighed med hensyn til bevisgrundene for antagelsen af eiendomserhvervet.

[13] Det sees heraf, at det ikke er helt træffende, naar Schweigaard (II p. 58—9) lærer, at fældende vota med lige slutning ikke bør sammenregnes, naar de søgsmaalsgrunde, hvorpaa de bygger, er forskjellige. Ti søgsmaalsgrundene har ikke i alle tilfælde samme betydning med hensyn til retskravets individualisation. Se iøvrigt foran § 60 jfr. p. 128—9.

I det her udviklede ligger besvarelsen af det spørgsmaal, der i denne forbindelse pleier at opkastes: om der skal afstemmes udelukkende om konklusion eller tillige om præmisser. Det er ikke tilstrækkeligt at stemme om konklusionen, hvor denne — som regelmæssig vil være tilfældet[14] — ikke giver et fuldstændigt udtryk for, hvad der ved dommen er afgjort. Der maa altid være majoritet for den del af begrundelsen, der bestemmer, hvilket individuelt retskrav er tilkjendt sagsøgeren. Nogen videregaaende fordring til, at der skal være flertal for præmisserne, er derimod ikke begrundet, selv ikke i de tilfælde, hvor retten har at give præmisser for sin dom. Hvis der nemlig isaafald er uenighed mellem rettens medlemmer med hensyn til noget punkt i præmisserne (f. ex. bevisbedømmelsen), bliver lovens krav fyldestgjort ved, at præmisserne giver udtryk for denne forskjel i opfatningen.

Falder de forskjellige stemmer fra hinanden i henseende til selve domsslutningen, vil i henhold til det foran udviklede ingen vanskelighed fremkaldes, hvor denne afvigelse mellem stemmerne er udtryk for en forskjel i henseende til det retskrav, som de enkelte vota angaar (f. ex. forskjellige poster i et regnskabsforhold, hvoraf nogle voterende antager en begrundet, andre en anden). Derimod opstaar nye spørgsmaal, hvor forskjellen i stemmerne angaar modaliteter ved dommens afgjørelse af et og samme retskrav (nogle af rettens medlemmer vil tildømme sagsøgeren kravet uden videre, medens andre vil gjøre udfaldet afhængigt af partsed; nogle vil lade en paastaaet skades omfang bestemme af efterfølgende skjøn, andre vil følge sagsøgerens angivelse af skadens beløb; eller der er uenighed mellem rettens medlemmer i henseende til dettes størrelse). Er der her flere end tvende meninger, og ingen enkelt har absolut flertal, vil løsningen kunne blive forskjellig efter forholdets beskaffenhed. Enklest vil sagen stille sig, hvor forskjellen er af ren kvantitativ art, idet man isaafald vil befølge den i strpl. § 443, sidste led opstillede regel, hvorefter det kvantum bliver gjældende, som har over halvdelen af stemmerne

[14] Jfr. foran p. 628—9 nedenfor § 133.

for sig, naar dertil medregnes de stemmer, som er afgivne for det høiere kvantum. Naar saaledes af 7 dommere 2 stemmer for et beløb af 400, 2 for 300 og 3 for 230, vil man med føie kunne betragte 300 som det midlere resultat, til hvilket de to, der har voteret for 400, subsidiært slutter sig [15].

Et saadant midlere resultat vil det ogsaa i mange andre tilfælde lade sig gjøre at udfinde, idet man vil kunne antage en lignende subsidiær stemmegivning til fordel for det resultat, der ligger vedkommende votum nærmest. Saaledes vil man i mange tilfælde kunne antage, at dommere, der voterer for at tage sagsøgerens paastand uden videre tilfølge, subsidiært vil stemme for at gjøre sagens udfald afhængig af partsed. Men dette vil ingenlunde i alle tilfælde være sikkert, idet det vil kunne tænkes, at vedkommende voterende under ingen omstændigheder vilde anvende partsed [16]. Kan intet saadant midlere resultat udbringes, maa konklusionen blive fritindende, idet man isaafald jo ikke kan sige, at der er opnaaet flertal for alle de til anerkjendelsen af det omprocederede retskrav nødvendige forudsætninger. Den udvei at foranstalte en subsidiær votering kan ikke ansees tilstedelig udenfor det tilfælde, hvor den foran omhandlede § 25 i høiesteretsl. 1818 indeholder hjemmel for den, ligesom rettens medlemmer heller ikke kan ansees forpligtede dertil [17]. Ligesaalidt haves der adgang til paa grund af en saadan uafhjælpelig spredning af stemmerne at foranstalte en ny behandling af sagen for andre dommere [18].

[15] Derimod er det ikke berettiget at tage gjennemsnittet, hvilket her vilde give som resultat 310.

[16] Jfr. Retst. 1888 p. 609 ff. Ved voteringen i denne sag stemte 3 af rettens medlemmer for stadfæstelse af de ergangne domme (sagvolderens fældelse), 3 for partsed og 2 for frifindelse. Det antoges, at resultatet maatte blive frifindende, idet enkelte af de førstnævnte 3 voterende havde udtalt, at de ansaa partsed, der i tilfældet maatte være en fyldingsed, uanvendelig. — Se i denne sammenhæng ogsaa Retst. 1902 p. 53.

[17] Se derimod den i note 10 anførte bestemmelse i udk. til d. o.

[18] Jfr. derimod Forelæsningerne over straffeproces p. 175. Den der udtalte mening, der dog maa betegnes som tvivlsom, lader sig, forsaavidt afstemning om straffen angaar, forsvare derved, at der efter strpl

Tvivl om, hvad der ved en votering skal ansees for at have faaet flertal, afgjøres ved en særskilt votering af rettens medlemmer[19].

Saavel raadslagning som stemmegivning foregaar for lukkede døre undtagen i høiesteret, for hvis vedkommende l. 11 april 1863 foreskriver offentlig votering[20].

Naar stemmegivningen er tilendebragt, paaligger det, som allerede under I bemærket, formanden at forfatte dommen[21], ligesom det er ham, der i retsmødet afsiger den.

III. Regelen i N. L. 1—5—8 om fristen for domsafsigelsen[22] undergaar i kollegiale retter efter frdn. 3 juni 1796 § 23 den lempning, at den kan forlænges til 8, 10 og i det høieste 12 uger i forhold til sagens beskaffenhed, hvis det «mod formodning» skulde vise sig umuligt at tilendebringe voteringen i de i loven foreskrevne 6 uger. Høiesteret skal i mundtlige sager afsige dommen strax efter procedyrens afslutning og er i skriftlige sager ikke underkastet nogen bestemt tidsgrænse[23].

For forligelseskommissionernes kjendelser gjælder særegne tidsfrister efter l. 8 mai 1869 § 5 (14 dage) og 17 juni 1880 § 9 (1 maaned).

§ 132.

NÆRMERE REGLER FOR DOMMES INDHOLD NAVNLIG I HENSEENDE TIL AFGJØRELSENS ENDELIGHED[1].

N. L. 1—5—12 forbyder, at en dom er, hvad artikelen kalder uendelig, d. e. indeholder et tillæg, der betager

§ 165 skal afstemmes særskilt over skyldspørgsmaalet, og at det ved en bekræftende besvarelse af dette spørgsmaal maa ansees givet, at tiltalte skal straffes, hvorfor frifindelse paa grund af dommernes uenighed om straffen vilde være særlig anstødelig for retsfølelsen.

[19] Se l. 12 septbr. 1818 § 25, sidste p.; Schweigaard II p. 68—9; Ugebl. f. lovk. VI p. 195 ff.

[20] Jfr. foran § 9 a, note 2.

[21] Jfr. frdn.. 11 aug. 1797 § 10; l. 12 septbr. 1818 § 26.

[22] Jfr. Schweigaard II p. 48—9.

[23] Jfr. l. 12 septbr. 1818 §§ 8 og 23; l. 15 juli 1839 § 17 og l. 30 mai 1891 § 5.

[1] Schweigaard § 140; Nellemann Ord. civ. procesmaade § 162.

dommen karakteren af en endelig afgjørelse af de retten forelagte tvistepunkter (exempelvis nævnes tilføielser til dommen som: med mindre det anderledes bevises, aftales, forstaaes). Artikelen har sin historiske foranledning deri, at domme med tillæg som de exempelvis nævnte paa lovbogens tid var ganske sædvanlige[2]. I nutiden vil den slags grove forsyndelser mod en dommers opgave ikke lettelig forekomme[3]; men artikelen har bevaret sin betydning som udtryk for den rigtige grundsætning, at dommeren har at afgjøre de spørgsmaal, der af parterne rettelig er ham forelagte, og at han ikke kan skyde denne afgjørelse fra sig, fordi han maatte finde sagen uklar. Vedrører denne uklarhed beviset, medfører reglerne for bevisbyrdens fordeling, at denne uklarhed gaar ud over den part, der havde at føre beviset, men ikke har ført det[4]. Er det retssætningerne, som forekommer dommeren uklare, fritager dette ham ikke fra at opgjøre sig sin mening om dem og dømme derefter; han kan ikke henskyde dette til prøvelse af nogen anden.

Til nærmere belysning af, hvad der ligger i kravet til dommens endelighed, bemærkes iøvrigt:

1) Dommen har ikke at afgjøre andet og mere end det, der af parterne er forelagt retten til afgjørelse. Retten kan ikke have til opgave at forhindre enhver mulig fremtidig retstvist om det forhold, der er sagens gjenstand, forsaavidt angaar sider ved dette, der ikke har været inddraget under sagen. En sag angaaende regnskabsaflæggelse vil kunne afføde sag angaaende betaling af regnskabets saldo; en sag, anlagt om en ikke forfalden rettighed, leder alene til frifindelse for tiden; en sag angaaende anerkjendelsen af en husbehovsret i naboens skov eller anden lignende servitut vil kunne fremkalde sag angaaende

[2] Jfr. Nellemann l. c. p. 853; Brandt Retshistorie II p. 395—6.

[3] Se dog exempelvis den i «Morgenbladet» for 1899 nr. 858 meddelte aastedsforligelseskommissionskjendelse, hvorved en part tilpligtedes at sænke en dæmning saaledes, «at der ved denne ikke opdæmmedes høiere end, hvortil der tidligere muligens kan være erhvervet ret». Jfr. ogsaa Retst. 1902 p. 106.

[4] Jfr. foran p. 448—9.

rettighedens omfang[5]. Men denne mulighed, at den ene sag kan afføde nye retssager, hindrer ikke, at rettens afgjørelse er endelig i den forstand, hvorpaa det efter N. L. 1—5—12 kommer an, naar den afgjør, hvad der for øieblikket er omtvistet mellem parterne. Paa samme maade er domme, lydende paa ubestemte eller alternative ydelser, ikke uforenelige med kravet til afgjørelsens endelighed, naar parterne ikke netop har forelagt dommeren rettighedens omfang til fastsættelse. Heller ikke er der noget til hinder for, at dommen gjøres afhængig af en betingelse, naar det ikke netop er spørgsmaalet om betingelsens indtræden, der har været sagens tvistepunkt[6].

2) Som allerede i læren om bevis fremstillet, tilsteder retsbrugen i tvende tilfælde, at domsafgjørelsen suppleres ved et efterfølgende bevismiddel, nemlig a) parts ed og b) retsligt skjøn.

3) Der er i vor civilproces i høiere grad end andetsteds lagt an paa, at de ydelser, hvis udredelse dommen paalægger, i denne selv skal være nøiagtig bestemte, saa at der i denne henseende intet efterlades for exekutionsmyndigheden at fastsætte. Dette gjælder saaledes ogsaa procesomkostningernes beløb (jfr. N. L. 1—5—24 jfr. 14). Kun hvor dommen foranlediger efterfølgende bevisskridt, vil omkostningerne ved disse blive at udregne under tvangsfuldbyrdelsen paa samme maade som udgifterne ved denne.

Er den pligtige ydelse bestemt i fremmed mynt, maa den omsættes i norske penge (jfr. l. 17 april 1875 § 22).

[5] Jfr. Retst. 1847 p. 204.

[6] Et andet spørgsmaal er det, om der kan gives exigibel dom for en betinget ydelse; se herom foran § 57. At Schweigaards forudsætning (II p. 35) om, at rettigheden i dens betingede tilværelse overhovedet er uskikket til at tages under paakjendelse, ikke er rigtig, er paavist i § 57. Det maa forøvrigt bemærkes, at ogsaa efter S.s lære skal en betinget rettighed kunne fordres fastslaaet af domstolene, naar modparten samtykker deri; og under denne forudsætning skulde saaledes ogsaa S. erkjende muligheden af en betinget dom; men var en saadan overhovedet uforenelig med rettergangens væsen, kunde parternes enighed ikke frembringe nogen afvigelse.

Denne omsætning foretages i regelen under exekutionen, idet dommen lyder paa vedkommende fremmede myntsort «efter kurs paa betalingstiden».

§ 133.

DE RETSLIGE AFGJØRELSERS VIRKNINGER. A) RETSKRAFT [1].

I. Det kan ikke staa i de private parters magt vilkaarlig at paakalde statens retshjælp et ubegrænset antal gange angaaende samme retskrav. Adgangen hertil vilde medføre saavel et utidigt misbrug af offentlige organers tid og kræfter som en svækkelse af domstolenes og de af dem trufne retsafgjørelsers autoritet. For de private parter vilde derhos den retsbeskyttelse, som dommen er bestemt til at yde ved at skabe retsvished, blive væsentlig forringet, naar den kunde omstødes ved en ny afgjørelse [2].

I disse hensyn er begrundet regelen om, hvad man har kaldet dommens materielle retskraft, d. e. den regel, at et retskrav, der er paakjendt af domstolene, ikke paany kan undergives disses prøvelse. Kravet paa retsbeskyttelse er med den stedfundne paadømmelse udtømt og bortfaldt *(res judicata jus facit inter partes).*

Den betragtning, at dommerne er udsat for at feile, og at saaledes en retsbeskyttelse, der i virkeligheden tilkommer en part, urettelig kan blive ham negtet, har retsordenen søgt at gjøre fyldest ved at give parterne adgang til inden visse frister at underkaste dommen prøvelse ved en høiere instans. Det forhold, at denne adgang enten er tabt eller benyttet saa langt, som lovgivningen tilsteder,

[1] Jfr. Schweigaard § 145; Ørsted i Jur. tidsskr. III, 1. p. 212 ff.; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 171 ff. (p. 910 ff.); Deuntzer Civilproces § 50; Hagerup Om udstrækningen af en doms forbindende kraft i civil sag i Retst. 1885 p. 261 ff., hvor yderligere litteratur er angivet. Til det der anførte kan føies: Bülow Absolute Rechtskraft des Urtheils i Arch. f. die civ. Praxis 83de bd. p. 1—143: Helwig Wesen u. subjective Begrenzung der Rechtskraft (1901); Planck Lehrbuch § 53; Schmidt Lehrbuch § 97 og det der citerede.

[2] Jfr. foran p. 7—8.

har man betegnet ved udtrykket dommens formelle retskraft.

Til begge disse arter retskraft sigtes der i N. L. 1—13—28 [3].

Dommens materielle retskraft, der i vor ret indtræder uafhængig af den formelle [4], har en dobbelt side:

a) Det retskrav, der ved dommen er bleven anerkjendt, kan ikke mere bestrides. Dommen er i fremtiden grundlaget for sagsøgerens krav, uden hensyn til, om dette i virkeligheden var begrundet. Dette viser sig baade aktivt (naar f. ex. exekutionskraften er forældet eller dommen fra først af ikke har været exigibel og denne af hensyn hertil bringes ind for domstolene til stadfæstelse) og passivt (naar modparten under en ny sag vil reise et mod dommen stridende krav).

Ved det her bemærkede maa imidlertid erindres det i § 81 udviklede om, at en begrænsning af adgangen til at fremsætte indsigelser mod det retskrav, der er sagens gjenstand (N. L. 5—13—4 og vexelprocesl. § 3), ogsaa medfører en begrænsning af kravets retskraftige anerkjendelse ved dommen. Derimod kan det ikke antages, at parterne vilkaarlig kan begrænse dommens retskraftsvirkning ved gjennem aftale at forbeholde visse indsigelser til afgjørelse i en ny sag [5].

b) Det krav, der ved dommen er bleven vedkommende part frakjendt, er definitivt bortfaldt, selv om det virkelig var begrundet.

Iøvrigt bemærkes til nærmere forklaring af, hvad regelen om dommens materielle retskraft indeholder, følgende:

1) Hvad der retskraftig er afgjort, er kun det individuelle retskrav, der har været processens gjenstand, ikke samtlige de retsforhold eller kjendsgjerninger, der er

[3] Om den ældre ret se Brandt Retshistorie II, p. 387—8; Getz Paaanke p. 16 jfr. foregaaende paragraf med note 2.

[4] Se Anden del § 147.

[5] Jfr. nedenfor under 2)—β); Anden del p. 160; Aubert Den nordiske vexelret p. 361.

forudsætninger for kravet[6]. Forsaavidt som disse tillige maatte være kilde til andre retskrav, er det ved den faldne dom ikke udelukket, at de i en ny sag kan blive underkastede en ny og fra den tidligere forskjellig bedømmelse. Naar saaledes *A* som arving efter *B* har faaet dom for anerkjendelsen af en servitut over *C*'s eiendom, hvilken han har paastaaet tilliggende en til arveboet hørende gaard, saa er dermed ikke for alle anvendelser afgjort, at *B* er eier af vedkommende herskende grundstykke, eller at *A* er *B*'s arving. I en vindikationssag angaaende grundstykket eller i en arvetvist mellem samme parter vil disse spørgsmaal ikke kunne ansees bindende afgjorte ved dommen i den første sag. Ti i denne havde parten alene undergivet disse spørgsmaal paakjendelse, forsaavidt servituten angik; og man vilde gaa videre, end det ligger i parternes hensigt og stemmer med deres interesser, om man tillagde dommen en videregaaende retskraft[7].

Paa lignende maade er en dom, der anerkjender eller negter et krav, grundet paa en kjøbe-, leie- eller selskabskontrakt, ikke bindende for en senere sag om andre krav, udledede af samme kontraktsforhold[8].

2) Det retskrav, der har været processens gjenstand, er paakjendt i sin helhed med bindende virkning for enhver senere sag, uden hensyn til, α) om det i denne søges bygget paa et nyt grundlag eller, β) om der i denne spørges om nye følger.

Ad α) Naar f. ex. sagsøgerens krav paa at anerkjendes som eier er forkastet ved dommen i en sag, hvorunder han forgjæves har søgt at paaberaabe sig hævd, kan han ikke i en senere sag bygge samme krav paa en anden erhvervsgrund. Der kan dog her spørges, om sagsøgeren ikke har adgang til udtrykkelig at begrænse sit søgsmaal

[6] Jfr. Udk. til d. o. § 253: «Ved den retskraftige dom er det retskrav, som domsslutningen angaar, hvor intet andet ved lov er bestemt, endelig afgjort.»

[7] Jfr. Hagerup l. c. p. 266—7.

[8] Jfr. Retst. 1839 p. 289; 1876 p. 407; 1877 p. 742. Se ogsaa Retst. 1898 p. 529 ff. (uagtsomhed som grundlag for straffepaastand og for erstatningskrav).

saaledes, at derved kun bringes under paakjendelse, hvorvidt rettigheden tilkommer ham paa grundlag af en vis bestemt kjendsgjerning. En saadan begrænsning maa i ethvert tilfælde ansees utilstedelig, naar modparten protesterer, men selv hvor begge parter er enige, synes en saadan adgang til at bringe en række erhvervsgrunde for samme retskrav under sondret paakjendelse at være lidet stemmende med de grundsætninger, der behersker vor gjældende procesret [9].

En senere end den første sag opstaaet erhvervsgrund *(causa superveniens)* kan dog altid gjøres gjældende i en ny sag; ti dommen afgjør kun, at sagsøgeren nu d. e. ved domsafsigelsen ikke har den omprocederede rettighed. Derimod har det ingen betydning, at sagsøgeren under den tidligere sag var uvidende om de andre erhvervsgrunde, hvorpaa hans ret kunde støttes.

Af det her og under 1) udviklede vil det sees, at det for spørgsmaalet om udstrækningen af en doms retskraft ikke kan være afgjørende, om den paastand, der under en ny sag reises, er bygget paa en ny søgsmaalsgrund eller ikke. Ogsaa her viser den i § 60 gjennemførte sondring mellem de forskjellige arter søgsmaalsgrunde sin betydning: Det afgjørende er, om retskravet tiltrods for den nye begrundelse (som tilfældet regelmæssig vil være ved tinglige rettigheder) dog er identisk med det tidligere paadømte, eller om den nye søgsmaalsgrund (som regelmæssig ved obligatoriske krav) betinger tilværelsen af et nyt retskrav [10].

Ad β) I dommens udtalelse om et retskravs tilværelse eller ikke-tilværelse ligger en udtalelse om alle sider ved retskravet, uden at det kommer an paa, om sagsøgerens paastand i sagen har havt et større eller mindre omfang. En dom, der udtaler sig om en persons arveret, er saa-

[9] Jfr. dog Hagerup l. c. p. 273. — Det maa forøvrigt medgives, at det i texten forsvarede videre omfang af retskraftsvirkningen kan virke strengt i et processystem, hvor eventualmaximen er gjennemført. Jfr. herom Schmidt Lehrbuch p. 538—9, hvor det fremhæves, at af hensyn hertil den ældre tyske proces begrænsede retskraften til det konkrete, i sagen paaberaabte grundlag for vedkommende krav.

[10] Jfr. Retst. 1839 p. 289 ff. (især p. 298).

ledes tillige afgjørende for alle enkelte arveberettigelser. En dom, der har udtalt sig om sagsøgerens paastand om at kjendes berettiget til at tage kjørevei over sagvolderens eiendom, er *res judicata* for en senere paastand om adgang til at reparere veien.

Gjenstand for særlig tvivl har det spørgsmaal været, hvorvidt afgjørelsen af et delkrav tillige er *res judicata* for den øvrige del af kravet (om f. ex en dom, der frakjender eller tilkjender sagsøgeren 500 af et gjældsbrev paa 1000, tillige indeholder en bindende afgjørelse for de resterende 500). Der synes her at maatte sondres. Ved krav paa penge eller andre kvantiteter finder retskravet sin individualiserende begrænsning ikke blot ved kravets grundlag, men ogsaa ved angivelsen af det kvantum, der kræves[11]. Og en dom angaaende en enkelt termin af kravet afgjør intet for de øvrige. Ved krav paa dele af en bestemt gjenstand vil en dom, der frakjender sagsøgeren en bestemt del, ikke afgjøre, hvorvidt han har krav paa en mindre del, men vel være *res judicata* for krav paa en større del, medens en dom, der tilkjender sagsøgeren en del, intet afgjør for de øvrige deles vedkommende.

Iøvrigt maa det her fastholdes, at et retskrav ikke er det samme som den rettighed, hvoraf det udspringer. En dom, der anerkjender sagsøgerens krav paa erstatning i anledning af, at sagvolderen har foretaget ulovlig hugst paa hans eiendom, er ikke *res judicata* ligeoverfor en senere sag angaaende selve eiendomsretten til det stykke, hvor hugsten har fundet sted. Ti erstatningskravet er som retskrav forskjelligt fra eiendomskravet, om end dette danner grundlaget for hint (jfr. foran under 1)[12].

[11] Jfr. Retst. 1836 p. 534 (derved, at et krav paa en forfalden termin af en periodisk ydelse ved dom er anerkjendt, er ikke afgiftspligten i dens helhed fastslaaet); Hagerup l. c. p. 274—5; Schweigaard II, p. 73; Schollmeyer i Archiv f. civ. Praxis 76de bd. p. 439 ff. Se derimod C. O. Montan i Tidsskr. f. retsv. 1894 p. 360—1; — I første udgave af nærværende skrift p. 556 forfegtedes en noget anden opfatning af retskraftens udstrækning ved delkrav, et spørgsmaal, der overhovedet er et af de vanskeligste og mest omstridte i hele læren om dommes retskraft (jfr. ogsaa Schmidt Lehrbuch p. 536, note 4 og det der anførte).

[12] Derimod vil efter det foran udviklede omvendt en dom, der fastslaar eiendomsretten under en senere skadeserstatningssag, forsaavidt være *res judicata*, som denne ret ikke mere med nytte kan bestrides.

3) Visse afgjørelser, som angaar selve søgsmaalets realitet, berører dog ikke selve det omprocederede retskravs tilværelse eller ikke-tilværelse og har derfor ikke retskraftsvirkning for dette. Det gjælder saaledes domme, hvorved i et vindikationssøgsmaal indstevnte frifindes, fordi han ikke er besidder af tingen, eller hvorved i et positivt eller negativt fastsættelsessøgsmaal sagsøgerens paastand ikke tages tilfølge, fordi han ikke har bevist en retslig interesse af fastsættelsen.[13]

4) Naar man fastholder, at dommen altid kun afgjør de bestemte retskrav, der forelægges dommeren af parterne, vil der regelmæssig ikke kunne blive tale om at tillægge dommen retskraftsvirkning for indstevntes indsigelser. Dette gjælder ogsaa de saakaldte retsforfølgende indsigelser,[14] naar de rettigheder, hvorpaa de grundes, ikke ved modsøgsmaal er gjorte til selvstændige søgsmaalsgjenstande. Har saaledes indstevnte i et vindikationssøgsmaal paastaaet frifindelse paa grund af en leieret, men er bleven dømt, er han ikke afskaaret fra i et nyt søgsmaal at gjøre leieretten gjældende, ligesaalidt som sagsøgeren, hvis indstevnte i vindikationssøgsmaalet er frifunden, er afskaaret fra i et senere søgsmaal om leieretten at bestride denne.[15] Indstevnte har kun bragt sin ret under paakjendelse saavidt, som det fornødiges for at afgjøre, om han i den foreliggende sag bør frifindes.[16] Kun

[13] Jfr. Schmidt Lehrbuch p. 532—3.

[14] Se foran p. 401.

[15] Afvigende første udgave af nærv. skrift p. 557. Se derimod Hagerup i Retst. 1885 p. 269; Wach Vorträge über die Reichscivilprozessordnung (2 Ausg.) p. 137 ff.; Schmidt Lehrb. p. 536. — Naar i et negativt fastsættelsessøgsmaal indstevnte hævder, at der tilkommer ham den rettighed, som sagsøgeren bestrider, og den sidstes paastand som følge heraf ikke tages tilfølge, er vistnok dermed rettighedens tilværelse retskraftig fastslaaet, men grunden hertil er ikke at søge deri, at den har været grundlag for indstevntes indsigelse, men at sagsøgeren ved sit søgsmaal har bragt denne rettighed under paakjendelse; se Wach l. c. p. 138—9.

[16] Han kan ogsaa bruge en saadan ret til at afværge tvangsfuldbyrdelse (se Anden del p. 320—1); men det er klart, at exekutors derved foranledigede negtelse af at foretage en saadan ingen selvstændig retskraftig afgjørelse indeholder af modkravet.

ved kompensationsindsigelsen forholder det sig anderledes, fordi indstevnte ved at gjøre denne gjældende tillige søger at skaffe sig fyldestgjørelse af sit modkrav, saalangt det dækker hovedkravet. I denne udstrækning — men ogsaa kun i denne udstrækning[17] — har derfor dommen retskraftsvirkning ogsaa for modkravet.

5) Dommen forbinder kun parterne (*res judicata jus facit inter partes*). Dommen afgjør kun det retskrav, som subjektivt er bestemt ved de personer, der under sagen har reist kravet, henholdsvis mod hvem det er reist. At gaa videre, vilde være at krænke en af processens hovedgrundsætninger: at ingen skal dømmes uhørt.

Hvem der er part i sagen, vil fremgaa af det i andet kapitel af tredje hovedafsnit udviklede. Det vil deraf sees, at dommen ligesaavel forbinder intervenienter som de oprindelige parter. Derimod er en meddelelse om processen eller «stevning for processens skyld» (§ 50) ikke tilstrækkelig til at gjøre vedkommende til part og dommen forbindende for ham.[18]

En undtagelse fra regelen gjælder efter det i §§ 51 og 52 udviklede for tilfælde af sukcession.[19]

En sand undtagelse er det derimod ikke, at en dom over repræsentanten binder den repræsenterede; ti her er den sidste ligefrem part.[20]

En sand undtagelse fra regelen er det heller ikke, at mortifikationsdomme og de i henhold til l. 6 marts 1869 § 12 og skibsregisterloven af 4 mai 1901 § 34 afsagte domme virker mod alle; ti her er selve søgsmaalet ubestemt rettet mod enhver, der maatte paastaa en med sagsøgerens krav uforenelig ret til tingen.

[17] Se Retst. 1894 p. 577 ff.; saaledes ogsaa udk. til d. o. § 253, sidste led. — Se derimod Wrede Om qvittning enligt finsk rätt (1883) p. 187; Montan l. c. p. 361.

[18] Jfr. Ugebl. for lovk. VI p. 153 ff. (især p. 159); Retst. 1901 p. 808.

[19] Se særlig det p. 263—4 udviklede. Jfr. Retst. 1892 p. 41 ff.; 1898 p. 632.

[20] Jfr. foran p. 220—1. Se iøvrigt Hagerup l. c. p. 280—1. — Om hvorvidt afgjørelser, trufne ligeoverfor konkursboet, binder konkursskyldneren, se Fjerde del p. 124 og 171 med note 7; jfr. Montan i Tidsskr. for retsv. 1894 p. 306 ff. — I visse tilfælde af uopløseligt interessefællesskab vil en enkelt deltager af et saadant kunne op-

Nogen undtagelse fra regelen om, at en doms retskraftsvirkning er begrænset til parterne, kan efter vor gjældende ret ikke opstilles for domme angaaende ægteskab eller familieforhold.[21] Kun siger det sig selv, at en dom om ægteskabs opløsning virker ligeoverfor alle.

6) De betragtninger, der efter det i denne paragrafs begyndelse anførte ligger til grund for regelen om dommes materielle retskraft, maa nødvendigvis lede til, at dens overholdelse ikke udelukkende kan være overladt parternes forgodtbefindende.

Erkjendelsen heraf tør ikke fordunkles ved den omstændighed, at i regelen parternes egen interesse af at gjøre den tidligere dom gjældende vil være saa fremtrædende, at det naturlig vil være dem, der bringer den paa bane, ligesom det i regelen alene vil være dem, der sidder inde med de fornødne materialier til bedømmelse af, om en sag tidligere har været paadømt, saa at det som oftest, hvor parterne ikke har paaberaabt sig den tidligere retsafgjørelse, vil være en tilfældighed, om retten kommer til kundskab om den. Heller ikke kan det komme i betragtning, at rettergangen er bygget paa forhandlingsmaximen, og at saaledes retten fatter sin beslutning efter parternes fremstilling uden selv at indhente de fornødne oplysninger.[22] Ti hvad det kommer an paa, er ikke, om retten

træde som part med bindende virkning for de andre fæller; se f. ex. om omstødelsessøgsmaal, anlagte af den enkelte konkurskreditor, Fjerde del p. 214 og 245. Jfr. endvidere udkast til lov om aktieselskaber m. v. (O. prop. nr. 28 for 1900—1901) § 75: Dom gaaende ud paa, at beslutning, fattet af generalforsamling eller repræsentantskab er ugyldig, virker ikke alene ligeoverfor parterne, men ogsaa ligeoverfor de øvrige aktieeiere. Ogsaa i disse tilfælde finder et repræsentantforhold sted. – Hvorvidt den naturlige besidder kan antages at repræsentere den juridiske ved søgsmaal om tingen, vil fremgaa af det i §§ 46—7 og 50, II udviklede; jfr. udk. til r. l. kap. IV § 14; Getz Udredninger p. 130—1.

[21] Jfr. derimod udk. til r. l. kap. XXVIII § 7: «En i en ægteskabssag fældt retskraftig dom virker for og mod alle og bliver at lægge tilgrund i alle forhold, hvor spørgsmaal om ægteskabets bestaaen eller ikke-bestaaen er af betydning»; kap. XXIX § 5: «En i en nedstamningssag fældt retskraftig dom virker for og imod alle o. s. v.» (som den foregaaende bestemmelse).

[22] Schweigaard II p. 87.

har havt en større eller mindre anledning til at danne sig et rigtigt billede af sagen, og om saaledes mulige feil i afgjørelsen ikke kan tilskrives den; det afgjørende synspunkt er, at domstolene ikke vilkaarlig skal kunne tvinges til at beskjæftige sig med en og samme sag gjentagende gange og ved nye afgjørelser kunne komme til at omstøde den retsvished, som det er domstolenes opgave at skabe. At parterne under sagen har det i sin magt at forme det faktiske grundlag for afgjørelsen, medfører ikke som en konsekvens, at de ogsaa, naar de blot er enige derom, skal kunne betragte den paa deres egen procedyre byggede dom som ikke afsagt.

Det lader sig heller ikke sige, at partens samtykke til sagens fornyede behandling ved domstolene er en ny søgsmaalsgrund, en «*causa superveniens*, der gjør sagen til en ny sag»;[23] ti det her omhandlede samtykke giver ikke retskravet noget nyt grundlag, berører overhovedet ikke dette, men kun den retslige forhandling om det Hvor det er den vindende sagsøger, der samtykker i at betragte den tidligere dom som uafsagt, gaar jo nemlig et saadant samtykke ud, ikke paa at frafalde kravet, men paa, at sagvolderen paany skal kunne forsøge at imødegaa det; og, hvor det er en seirende sagvolder, der samtykker i sagens fornyede behandling, indeholder dette en anerkjendelse, ikke af selve retskravet, men af sagsøgerens adgang til at gjøre et nyt forsøg paa at overbevise dommeren om dets tilværelse. Men et samtykke af denne art angaar retsbeskyttelsens udøvelse og kan derfor ikke binde det offentlige, hvem denne tilligger.

Den her hævdede betragtningsmaade[24] maa ogsaa siges at være kommen til udtryk i vor lovgivning. N. L. 1—13—28 siger saaledes, at naar sagen er endelig paadømt (dommen formelt retskraftig), «da tilstædis ingen videre proces», en udtryksmaade, der ikke lader rum aaben for nogen afændring i kraft af parternes enighed. Og høieste-

[23] Schweigaard II p. 88.

[24] Dens principielle berettigelse er navnlig overbevisende godtgjort af Bülow i den ved paragrafens begyndelse citerede afhandling; se især p. 118 ff.

retsl. 12 septbr. 1818 § 7 sætter straf for den part eller advokat, der vidende for høiesteret fremfører nogen sag, som har været der tilforn og der er bleven endelig paakjendt. Denne bestemmelse er et utvivlsomt udtryk for den tanke, at rettens anseelse vilde lide, naar der var anledning til at forlange dens dom tvende gange i en og samme sag[25] Om end selvfølgelig denne straf ikke kan anvendes, hvor ikke de sædvanlige subjektive betingelser for straf er tilstede, er det dog klart, at spørgsmaalet om rettens forhold til sagen — om den skal paakjende den paanyt eller ikke — maa afgjøres efter objektive hensyn, og at høiesteret, selv hvor den ikke finder straf anvendelig, maa vise sagens fornyede paakjendelse fra sig. Og dette sidste er ikke noget særeget for høiesteret; det særegne for denne domstol er alene straffetruselen.

Er det saaledes ikke rigtigt at betragte dommens retskraft udelukkende under synspunktet af et forsvarsmiddel for vedkommende part, vil det sees, at udtrykket *exceptio rei judicatæ* her ikke er træffende[26]. Der er her ikke tale om en sand indsigelse, der for at virke behøver at paaberaabes. Kan dommeren af de foreliggende akter se, at sagen tidligere har været paakjendt af domstolene (den samme eller en anden domstol), har han paa embeds vegne at negte at tage den under fornyet paakjendelse[27].

Dette faar da sit udslag deri, at han afviser sagen[28].

[25] Jfr. ogsaa Schweigaard II p. 87.

[26] Det er af Bülow (se p. 21 ff.) i den anførte afhandling paavist, at denne *exceptio* i den romerske ret, hvorfra udtrykket er hentet, kun havde en meget begrænset anvendelse (nemlig ved de prætoriske saakaldte *judicia imperio continentia*, hvis normale retskraftsvirkning ikke strakte sig ud over prætors embedsaar), medens i de regelmæssige tilfælde dommens retskraft virkede *ipso jure*.

[27] Saaledes ogsaa, som det synes, Nellemann l. c. p. 951—2. Se derimod Getz Paaanke p. 9. — Udk. til d. o. § 253 bestemmer: «— — et fornyet søgsmaal om samme gjenstand bliver af retten paa embeds vegne at afvise — —».

[28] Schweigaard II p. 88, der betragter *exceptio rei judicatæ* som en reel frifindelsesgrund, vil dog anvende afvisning, naar sagens tidligere paadømmelse er utvivlsom; men denne sondring, hvorefter et spørgs-

Fra det tilfælde, at der forlanges en fornyet paakjendelse af en tidligere paadømt sag, maa selvfølgelig sondres det tilfælde, at der forlanges dom for virkninger af en tidligere retsafgjørelse, som ikke ved denne er gjort aftvingelige (*actio judicati*), f. ex. hvor exekutionskraften er forældet og sagen bringes ind for at gjøres exigibel. I disse tilfælde forlanges netop ikke en ny paakjendelse, idet det ved den tidligere sag afgjorte uden videre lægges til grund for den nye dom (jfr. foran).

II. Skjønt de grunde, der taler for at tillægge domstolenes materielle afgjørelser retskraft, ikke med samme styrke gjør sig gjældende for de retsdekreter, hvorigjennem dommeren udtaler sig om de formelle betingelser for rettergangen eller om procesledelsen, er det dog den hos os for civilprocessen antagne lære, at ogsaa disse afgjørelser er retskraftige og ikke vilkaarlig kan omgjøres [29]. Fra denne regel turde der dog overensstemmende med strpl. § 168, 2det led være grund til at gjøre undtagelse for de rent procesledende kjendelser [30]; men retsbrugen anerkjender neppe nogen saadan undtagelse.

Til bedømmelse af, hvor vidt en formel afgjørelses retskraft strækker sig, bemærkes: En afgjørelse, der gaar ud paa at negte en retshandlings fremme (afvisningsdomme, kjendelser, hvorved en vidneførsel, et skjøn negtes fremme), afgjør ikke blot, at sagen ikke nu kan fremmes, og tilsteder derfor ikke, at dommeren efter ny stevning antager sagen under iøvrigt uforandrede forhold [31]. Man maa

maals faktiske tvivlsomhed tillægges indflydelse paa dets retslige virkemaade, er aabenbart uholdbar. Praxis har under savnet af en klar og konsekvent teori vistnok været vaklende; jfr. f. ex. Retst. 1892 p. 611; 1899 p. 372 (i en sag, der var paakjendt i aaret 1597, gav høiesteret ny realitetsdom); 1901 p. 217 (frifindelse anvendt, hvor den tidligere dom var afsagt af udenlandsk ret). Se iøvrigt Lasson Haandbog i processen I p. 303 og det der citerede; sammes Appel i civile sager p. 178; Ugebl. f. lovk. IV p. 364—5, noten.

[29] Jfr. Schweigaard II p. 83—4; Nellemann § 175.

[30] Jfr. Getz Paaanke p. 9, note 12. — Jfr. ogsaa udk. til d.o. § 259: «Kjendelser af procesledende art saavelsom andre retslige beslutninger kan, forsaavidt ingen erhvervet ret derfor er til hinder, omgjøres af den ret eller myndighed, som har afsagt dem».

[31] Se derimod Getz l. c.

her ligesaalidt som ved domme alene se hen til den nøgne konklusion, naar det gjælder at bedømme, hvad der er afgjort med retskraft [32]. Et retsdekret, der afviser en sag eller negter en retshandling fremme, udtaler derved, at en bestemt forudsætning for retshandlingen mangler, saasom at domstolen ikke er kompetent, at sagen ikke er rigtig paastevnt o. lign. [33]. Dette er afgjørelsens umiddelbare indhold, og afvisningen, negtelsen af retshandlingens fremme, er en simpel følge heraf [34]. Det saaledes afgjorte spørgsmaal kan ikke i samme identiske skikkelse undergives nogen ny retslig afgjørelse hverken af den samme eller nogen anden domstol. Naar saaledes en sag, der er anlagt som gjæsteretssag, er afvist, fordi betingelserne for gjæsteretsbehandling mangler, kan heller ikke nogen anden underret antage sagen som gjæsteretssag [35]. Noget andet er det, at paa civilprocessens omraade ikke den ene domstols afvisning af en sag paa grund af manglende kompetens positivt kan forpligte en anden domstol til antage sagen [36]. Hvad der med retskraft er afgjort, er alene det negative, at den domstol, ved hvilken sagen er afgjort, ikke er kompetent [37].

[32] Naar Getz l. c. p. 10 i noten til fordel for sin opfatning paaberaaber sig, at afgjørelsens grunde ikke har retskraft, er dette vistnok rigtigt, men urigtigt er det, naar G. ved bedømmelsen af, hvad afgjørelsen omfatter, alene ser hen til konklusionen, ikke til præmisserne.

[33] Jfr. foran p. 632.

[34] I og for sig vilde det derfor være den korrekteste form for kjendelsen at udtale: «Sagen ligger udenfor nærværende domstols virkekreds og kan som følge deraf ikke fremmes». Særlig klart træder forholdet frem ved høiesteretsdomme, hvor afvisningsgrunden nævnes i selve konklusionen; men nogen væsensforskjel begrundes ikke derved, at dette ved de underordnede retter ikke er brugeligt.

[35] Afvigende Schweigaard II p. 83; jfr. derimod Nellemann l. c. p. 960.

[36] Jfr. foran § 34.

[37] Nellemann l. c. p. 961.

§ 134.

DE RETSLIGE AFGJØRELSERS VIRKNINGER. b) AFTVINGELIGHED[1].

I. De retslige afgjørelsers aftvingelighed skal her alene behandles, forsaavidt som reglerne herfor staar i forbindelse enten med dommens eget indhold eller dommerens myndighed. Formerne for tvangsfuldbyrdelsen saavelsom de betingelser for denne, der ikke staar i forbindelse med vedkommende retsdekrets eget indhold, behandles i et senere afsnit.

Ikke alle retsafgjørelser efterlader noget at fuldbyrde, saaledes selvfølgelig ikke de helt frifindende domme og de afgjørelser, der alene angaar procesledelsen eller de formelle betingelser for en retshandlings fremme. Nogen fuldbyrdelse bliver der heller ikke tale om ved de egentlige fastsættelsesdomme eller de domme, der i sig selv forskaffer sagsøgeren den fuldbyrdelse, hvortil hans krav giver anledning[2]. Om en efterfølgende fuldbyrdelse af dommen eller kjendelsen bliver der først tale, hvor denne indeholder et paalæg til nogen af parterne. Hovedregelen er, at saadanne paalæg i fornødent fald kan fuldbyrdes ved tvang, saafremt retten giver anvisning derpaa. En undtagelse danner skifteretternes afgjørelser, der kun er tillagt en begrænset aftvingelighed, en sætning, der bedst finder sin belysning i afsnittene om konkurs og skifte[3].

En anden undtagelse gjælder for domme, der paalægger en undladelse. Retten ansees nemlig ikke beføiet til at fastsætte nogen bod (tvangsmulkt) for fremtidige overtrædelser af paalægget[4]. Str.l. § 344 sætter imidlertid

[1] Schweigaard §§ 141—2; Nellemann Ord. civ. procesmaade §§ 163—4 (p. 861 ff.). Se ogsaa Menger Beiträge zur Lehre von der Exekution i Archiv für die civ. Praxis bd. 55 p. 371 ff.

[2] Se foran p. 289 jfr. p. 7.

[3] Se Tredje del § 5 og Fjerde del § 13.

[4] N. L. 1—5—15, der kun taler om paalæg, rettede paa positive handlinger, er ikke anvendeligt her; jfr. Retst. 1859 p. 24—5; Schweigaard II p 41—2 og det der citerede, navnlig Retst. 1842 p. 66, hvoraf sees, at sætningen ikke altid har været anerkjendt af retsbrugen. Jfr. ogsaa Joh.s Bergh i Tidsskr. f. retsv. 1901 p. 93—4; Nellemann l. c. p. 870—1.

straf af bøder eller fængsel indtil 3 maaneder for den, der vedbliver at udøve en ret, der er ham frakjendt ved endelig dom.

En tredje undtagelse har man villet gjøre for domme, hvis paalæg angaar en fremtidig ydelse; men det uberettigede heri er paavist i § 57.

Det tvangsmiddel, hvoraf en dom kan gjøre anvendelse, kan være af en dobbelt art, idet det enten kan være rettet paa a) at foranledige den dømte til selv at udføre den handling, der er ham paalagt, eller b) paa at forskaffe domhaveren det, hvorpaa han har krav, eller et surrogat herfor, uden den dømtes medvirkning.

Ad a) Der er her væsentlig to tvangsmidler, om hvis anvendelse der historisk har været tale: frihedsberøvelse (gjældsfængsel) og løbende mulkt. Det førstnævnte tvangsmiddel har efter l. 3 juni 1874 kun en meget begrænset anvendelse og vedkommer os forsaavidt ikke i denne forbindelse, som det ikke er et tvangsmiddel, hvorpaa dommen giver anvisning.

Hvad løbende mulkt angaar, findes bestemmelsen herom i N. L. 1—5—15, der udtaler, at, naar dommerne «tildømmer nogen til at gjøre eller efterkomme noget, da skal de hannem en vis tid forelægge, inden hvilken hand skal dommen fyldestgjøre, og sætte en vis straf hos, om hand det ikke efterkommer».

Om dette tvangsmiddels anvendelsesomraade har der været delte meninger. En udbredt lære gaar saaledes ud paa, at det ingen anvendelse har ligeoverfor de saakaldte personlige præstationer, d. e. forpligtelser til personligt arbeide eller personlige tjenester [5]. Denne indskrænkning ligger ganske udenfor den citerede artikels ord, der i sin almindelighed omfatter enhver dom, der paalægger en pligt til at «gjøre» noget. Den vilde gjøre et meget vidtgaaende skaar i dommes og dermed i civilretslige pligters aftvingelighed, idet saadanne overhovedet ikke vilde kunne fremtvinges, hvor deres opfyldelse ingen pengeværdi havde, og saaledes anvisning paa skadeserstatning som subsidiært

[5] Jfr. Schweigaard II p. 40—1; Nellemann l. c. p. 874.

tvangsmiddel var uanvendeligt. For indskrænkningen paaberaabes i almindelighed, at det vilde gjøre et utilbørligt indgreb i den personlige frihed, om pligten til personligt arbeide skulde kunne fremtvinges ved løbende mulkt. Men dette kan ikke indrømmes og er heller ikke vor lovgivnings standpunkt. Denne anvender tvangsmulkt for at fremtvinge overtagelsen af offentlige ombud[6]; og det indsees ikke, at det skulde være mere uforeneligt med den personlige frihed at fremtvinge opfyldelse af private pligter[7].

Endnu mindre beføiet er det at ville udelukke anvendeligheden af løbende mulkt ved generiske præstationer eller arbeidsprodukter[8]. Den eneste indskrænkning, der kan anerkjendes som beføiet, er den, at løbende mulkt ikke bør anvendes, hvor man ved direkte tvangsfuldbyrdelse kan skaffe domhaveren, hvad han har krav paa, altsaa navnlig ved domme, lydende paa en pengebetaling eller paa fravigelse af fast eiendom (derimod ikke udleverelse af løsøre, der er flytbart og kan berede den direkte exekution større vanskeligheder).

Det er overladt dommeren at bestemme mulktens størrelse saavelsom de tidsdele, hvorefter dens løb skal beregnes (for hver dag, uge o. s. v.). Mulkten er tvangsmulkt, ikke straffebod (kan saaledes ikke afsones med fængsel); og udtrykket straf i N. L. 1—5—15 er derfor mindre nøiagtigt.

Ad b) De fuldbyrdelsesmaader, som her kommer i betragtning, er følgende:

[6] Jfr. formandskabslovene 14 januar 1837 henholdsvis §§ 15 og 18; l. 28 septbr. 1857 § 15 jfr. N. L. 3—19—33.

[7] Se her søf. l. 20 juli 1893 § 75, der viser, at vor lovgivning end ikke viger tilbage for direkte fremtvingelse af personlige forpligtelsers opfyldelse. — Ved den i Retst. 1898 p. 773 meddelte dom blev løbende mulkt anvendt til fremtvingelse af en voldgiftsaftales opfyldelse. — Andetsteds har man heller ikke i denne henseende havt betænkeligheder; jfr. Menger l. c. p. 390, note 5 og 395, note 11 og særlig om fremtvingelse af familieretslige pligter p. 392—3; se ogsaa den tyske civilprocesl. § 888, der dog gjør en almindelig undtagelse for pligten til at indgaa ægteskab og til at yde tjenester i henhold til en tjenestekontrakt.

[8] Schweigaard II p. 41; Ugebl. for lovk. I p. 352; se derimod Nellemann l. c. p. 873—4.

1) Den direkte tvangsfuldbyrdelse, der bestaar i, at exekutionsmyndigheden skaffer domhaveren de formuegoder, hvorpaa han ifølge dommen har krav[9]. Denne fuldbyrdelsesmaade er kun anvendelig ved domme, der lyder paa pengebetaling eller udleverelse af individuelle gjenstande[10].

2) En dom, der anerkjender en pligt for sagvolderen til at udføre eller yde noget, kan for det tilfælde, at den præstation, hvorpaa dommen umiddelbart gaar ud, ikke ydes, tilpligte vedkommende at erlægge præstationens værdi i penge, der da kan inddrives paa den under 1) omhandlede maade. Dette, der var principet for den romerretslige *condemnatio pecuniaria*, anvendes ogsaa i vor retsbrug[11].

3) En i og for sig tænkelig udvei vilde det endelig være, at dommeren gav bemyndigelse til at lade en skyldig præstation udføre af en anden paa den forpligtedes bekostning. Enkelte særlove giver adgang til at foretage en saadan substitution[12]. Men udenfor disse anvendelser, hvor fremgangsmaaden har særlig hjemmel i loven, er den ukjendt i vor retsbrug.

II. Dommen eller kjendelsen maa selv udtale sig om tvangsmidlet, og den er herved ikke bunden ved parternes paastand[13], undtagen, hvor talen er om at substituere værdien for præstationen selv[14].

Hvor dommen kan foranledige direkte fuldbyrdelse (hvilket ogsaa ved domme, lydende paa løbende mulkt, er

[9] Lægger man vægten paa, at det, domhaveren har krav paa, er at faa sit ved en handling af den forpligtede, er udtrykket direkte fuldbyrdelse ikke træffende, idet fra dette synspunkt seet den under a) omhandlede fuldbyrdelsesmaade fremtræder som den direkte; jfr. Menger l. c. p. 379, note 9.

[10] Om retsgrunden for sagsøgerens krav paa tingen er tinglig eller obligatorisk, er ligegyldigt; jfr. Nellemann l. c. p. 872, note 1.

[11] Jfr. Retst. 1850 p. 657 ff.

[12] Se saaledes l. om jords fredning 16 mai 1860 § 18; veil. 15 septbr. 1851 §§ 52, 53 og 54; udskiftningsl. 13 marts 1882 § 119; lov om veivæsenet 30 mai 1891 (nr. 2) m. fl. st.

[13] Jfr. Schweigaard II p. 22.

[14] Jfr. foran p. 344—5 med note 3.

tilfældet for dennes vedkommende), er det det sædvanlige, at den udtrykkelig giver anvisning paa tvang («at efterkommes under adfærd efter loven», eller, hvor talen er om fast eiendom, «under udkastelsestvang»). Men denne tvangsklausul kan ikke ansees som nogen ueftergivelig betingelse for tvangsfuldbyrdelsen, naar kun tvangsmidlets art er paa det rene[15].

III. Dommen har regelmæssig at sætte en frist for den tvungne fuldbyrdelse (exekutionsfrist), d. e. en frist, inden hvis forløb denne ikke kan iværksættes[16]. I denne henseende maa der skjelnes:

a) Ved domme, der giver anledning til almindelig gjældsexekution, skal fristen regelmæssig være 15 dage (l. 4 juni 1892 § 31), undtagen ved høiesteretsdomme, for hvis exekution der ikke gjælder nogen frist (N. L. 1—22—43). I visse tilfælde af den summariske proces er fristen kortere (se f. ex. l. 17 juni 1880 § 7).

b) Ved domme, lydende paa løbende mulkt, er exekutionsfristens længde overladt til dommerens skjøn (N. L. 1—5—15)[17], hvorved dog 15 dage maa ansees som minimum.

c) Domme, der lyder paa fravigelse af fast eiendom, fastsætter efter den herskende retsbrug lovens næste (eller, om den er altfor nær, dens anden) faredag, en regel, der antages at tilkomme ogsaa den, der uden retsgrund, ja uden god tro besidder fremmed eiendom, men som synes lidet forenelig med bestemmelsen i N L. 6—14—6[18].

Fristens løb regnes fra dommens eller kjendelsens forkyndelse[19].

[15] Jfr. Retst. 1850 p. 593; Schweigaard II p. 43—4. Jfr. dog Nellemann Læren om exekution p. 22.

[16] Jfr. Schweigaard § 142; Nellemann l. c. p. 879 ff.

[17] Jfr. f. ex. Retst. 1897 p. 262.

[18] Jfr. om denne artikel Anden del p. 267 ff.

[19] Jfr. foran p. 623—4.

KILDEREGISTER

ORDREGISTER

[illegible] 22[illegible]

